TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XIII

Direito das Coisas: Loteamento. Direitos de vizinhança.

PARTE X

Loteamento

CAPITULO 1

TERRENOS: DESCRIÇÃO, DELIMITAÇÃO, NOMES E CARACTERÍSTICAS

§ 1 .422. *Noções preliminares.* 1. Objeto de direito e coisa corpórea. 2.Caracterização. Descrição e delimitação

§ 1.423. Noção *de terreno.* 1. Terra e propriedade. 2. Discordância entre a história da coisa e a do registro. 3.

Venda por medida de extensão

§ 1.424. *Modificações dos terrenos: nomes (e a descrições)* **.** 1. União, parcelamento, a descrição. 2. Partes e terrenos. Terrenos e substituições subjetivas. 3. Unificação. 4. União e principalidades

§ 1.425. *Modificações dos terrenos: parcelamentos.* 1 Parcelamentos loteamento. 2. Parcelamento material e parcelamento jurídico. 3. Dois momentos na parcelação

§ 1.426. *Lote e étimo.* 1. O étimo de —lote‖. Lotear,loteamento.2.Idéia do loteamento

§1.427. *Divisão, partilha, loteamento.* 1. Operação material de dividir. —Actio communi dividundo‖, —actio familiae erciscundae‖. 2. Divisão e partilha. Juridicização. 3. Comunhão e terrenos. 4. Operação de lotear. 5. Loteamento e condomínio 11

§ 1.428. *Juridícização do loteamento.* 1. A operação material de lotear e sua entrada no mundo jurídico. 2. Eficácia

—═real‖.3.Direito de dividir

CAPITULO II

LOTEAMENTO E REGRAS ESPECIAIS

§ 1 .429. *Tentativa de legislação.* 1. 1936 e 1937. 2. O Decreto-Lei n.58, de 10 de dezembro de 1937

§ 1.430. *Periodo pré jurídico dos negócios de loteamento.* 1. A operação material. 2. As razões da lei

§ 1.431. *Processos técnicos da lei sôbre loteamentos: a) jurisdizição do loteamento.* 1. Regime especial. 2.

Limitação ao conteúdo do direito de propriedade. 3. Direito civil e exigência de juridicização do parcelamento. 4.

Pressupostos do registro. 5.Terreno. 6. Loteamento para venda. 7. Venda a prestações. 8. Vendas sem publicidade prévia. 9. Contrato. 10.Oferta. —Invitatio ad offerendum‖. 11. Oferta a pessoa indeterminada. 12. Oferta ao público.

13 Ato administrativo

§ 1.432. *Processos técnicos da lei sôbre loteamento: b) a categoria do pré-contrato.* 1. Construção da relação jurídica de direito material. 2. Pré-contrato. 3. Os pré-contratos no Código Cívil. 4. O papel do Decreto-Lei n. 58.

5. A solução do problema da forma. 5. SCHLOSSMANN, F. RnGELSBERGER, H.DIeGENKOLB e outros.

Princípio da independência formal e pré-contrato

§ 1 .433. *Processos técnicos da lei sôbre loteamento: c) eficácia "ergam es" do pré-contrato.* 1. Direito positivo especial. 2. Negócios jurídicos de aquisição a prestações. 3. Restrição ao poder de disposição. 4. Pedido. de cancelamento. 5. Preferência e outros pactos. 6. Condição resolutiva implícita. 7.Transferência. 8. Antecipação de pagamento. 9. Pretensão ao cancelamento. 10. Facilitado da instrumentação do empréstimo de financiamento CAPÍTULO III

COMPRA-E-VENDA E PRÉ-CONTRATOS SÔBRE PRÉDIOS NÃOLOTEADOS

§ 1.434. *Vendas a prestações.* 1. Terrenos nãoloteados (loteamento nãoinscrito. (a) Pré-contrato. (b) Financiamento. 2.O art. 22 do

Decreto-Lei n. 52 e o art. 22 do Decreto n.3.079.3. O Código Civil, art. 1.088. 4.

Loteamento juridicizado.5.O acréscimo do Decreto n. 3.079

§ 1.435.F *orma do virácontrato, no art. 22 do Decreto-Lei* si. *58.* 1.Forma e efeito. 2. Fonte do art. 1088. O Código Civil Argentino. 3. Instrumento particular suficiente

§ 1.436. *Promessas de Compra-e-venda de bens imóveis em geral.7.* O Decreto n. 3.079, art. 22, um fine‖.

Conceitosnincoextensivos. 2. Averbação, inscrição e transcrição. 3.Eficácia decorrente do registro segundo o art.

22, —in fins‖....

CAPÍTULO IV

LOTEAMENTO, REGISTRO É JURIDICIZAÇÃO

1.437. *Operação de loteamento.* 1. Parcelamento. Principio da livre configuração das terras. 2. Depósito. Memorial.

Comunicações de fato. 4. Outros documentos a serem depositados. 5.A caderneta ou o modelo do pré-contrato. 6.

Certidão sôbre impostos. 7. Titulo de domínio e certidões das transcrições. 8. O Decreto-Lei n. 58. art. 1.0, § 1.0.

9. O art. 1.0, 2.0. 10. Certidão e comunicações

§ 1.438. *Preparação do terreno.* 1. Lei sôbre preparo dos terrenos. 2.Financiamento

§ 1.439. *Competencia para o registro.* 1. Oficio de imóveis competente. 2. Nulidade do registro

§ 1.440. *Processo administrativo do registro.* 1. Primeiros atos 2 Incoação. 3. Entranhamento de documentos. 4.

Prazo de trinta dias. 5. Suscitamento de dúvida

§ 1.441. § 1.442. *Edital para o registro.* 1. Conteúdo do editai. 2. Correções *Processo civil do registro.* 1. Impugnação. 2. Fundada em direito real. 3. Dúvida, sem ter havido impugnação. 4.

Rejeição —in limine‖. 5. Provas. 6. Recursos. 7. Questão sôbre o pressuposto de se tratar de direito real. 8. Código de Processo Civil, art. 345, §§ l.o e 2.057

CAPÍTULO V

EXERCÍCIO DA PRETENSÃO AO REGISTRO

§ 1.443. *Memorial e documentos.* 1. Pretensão a registrar. 2.Constituição do registro. Legitimação. 3. Descrição.

4.Relação cronológica dos títulos. 5. Sito ação e número. **.** Ações reais e pessoais

§ 1.444. *Nulidade do registro.* 1. Existência e nulidade. 2 .Sanabilidade

§ 1 .445. *Loteamento por seções ou glebas.* 1 Loteamento parcial.2 .Parcelação. 3. Loteação total 4. Destinação total.5.seções e glebas. 6. Individuação 7. O que são seções e glebas. 8. Loteamento anterior

§ 1.446. *Autoridades públicas e loteamento.* 1. Urbanismo, higiene. 2. Terras urbanas e rurais. 3. Modificações. 4.

O Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 2.0, alínea 2.. 5. O prazo de noventa dias. 6. Autoridades a que a regra se dirige. 7.

Constituição de 1946. 8. Fundamentação

§ 1.447. *Certidões necessárias.* 1. Inscrição. 2. Ônus reais. 3 Responsabilidade

§ 1.448. *Planta ou plantas.* 1. Loteamento parcial. 2 Numeração; dimensões; espaço livre

§ 1.449.Ô *nus reais sobre o terreno.* 1. Responsabilidade de exoneração por lotes. 2. Financiamento. 3.

Franqueamento do registro. 4. Custas

§ 1.450. *Depósito e exame do memorial e documentos.* 1. Depósito.

Custas. 2. Certidões

§ 1.451. *Inscrição do memorial do loteamento.* 1. Inscrição. 2. Livro auxiliar ou Livro 8. 3. Inscrição e averbações.

4. Promessas de contratar e contratos de opção. 5. —Lex specialis‖. 6.Cancelamento da inscrição

§ 1.452. *Inabilidade e eficácia do registro.* 1. Individualidade objetiva do terreno e dos lotes. 2. Vias de comunicação necessárias, úteis e supérfluas. 3. Espaços livres. 4. Publicação. 5. Os atos ordinários do registro CAPÍTULO VI

OFERTA DE TERRENOS

§ 1.453. *Conceitos de contrato e de oferta.* 1. De que surge, primeiro, a vontade. Contratos sinalagmúticos. 2.Oferta e oferente

§ 1.454. *Oferta e direção.* 1. Declaração de vontade e recepção. 2. —Essentialia negotii‖. 3. Iniciativa de contrato.

Conseqüencias. 4. Eficácia da oferta. Herdeiros. Outros sucessores

§ 1. 455. *Contrato de Compra-e-venda de imóveis.* 1. Pré-contrato e Compra-e-venda. 2. A Compra-e-venda é contrato consensual. 3.A atitude doutrinária do Decreto-Lei n. 5895

§1.456. *Oferta de promessa de contratos.* 1. Oferta do loteador.2.Inversão de posição dos contraentes

§1.457. *Oferta ao público.* 1. O problema histórico e o problema dogmático. A atitude de R. VON JHERING.

Réplicas. 3. A analogia a que recorreu R. SOHM. 4. Os albergues e o direito romano. 5. STRACCHA, CASÂREGIS e os juristas franceses e anglosaxões. 6. H. SIEGEL e a teoria da declaração unilateral de vontade. O

—duorum ia ideia placitum consensus‖. A oferta ao público. 7. As teorias em tôrno da oferta ao público: R. SOHM, J. BIEItMANN, H. NEUMOND,ZsCHIMME

§1.458. *Oferta de lotes ao público.* 1. Oferta de promessa de contratar e oferta de contratar. Inversão de posição. 2.

Fungibilidade das pessoas. 3. Cláusula —rebus sic stantibus‖.4.—Publicum‖. 5. Vendas de lotes por —invitationes ad offerendum‖. 6. Perdas e danos

§1.459.Eficácia da oferta de lotes ao público. 1. Aceitabilidade vinculante. 2. Irrevogabilidade. 3. Retratação ou retirada da oferta. 4. Morte do oferente

CAPíTULO VII

PRÉ-CONTRATO E REGISTRO

§ 1.460. *Publicidade e sua eficácia.* 1. Publicidade. 2. Tradição não é contrato. 3. Origem e função do registro. 4.

Averbação.5.O Decreto-Lei n. 58, art. 5º

§ 1.461. *~Qual a categoria jurídica oriunda do Decreto-Lei n. 58, art.* ***5.0?*** 1.Direitos reais e —numerus clausus‖. 2.

Eficácia da averbação conforme o Decreto-Lei n. 58, art. 5º

§ 1.462. *Oponibilidtide a terceiros, alienações e onera* qões. 1. Conceitode oponibilidade a terceiros. 2. Conl~eito de alienação.3.Oneração. 4. Alienação e disposição. 5. O que é que a averbação confere

§ 1.463. *"Obligatio in rem scripta"?* 1. O erro de H. OBERNECK.Sucessão na propriedade e sucessão na obrigação

§ 1.464. *Direito real?* 1. Inalienabilidade e inonerabilidade relativas.2.A construção como propriedade sob condição suspensiVa.3.O direito real acessório, segundo K. CosACK. 4. Classificação dos direitos por sua eficácia. 5. A Glosa. 6. Qual seria o direito real, se o houvesse. 7. Confusão do legislador

§ 1.465. *Jusin re aliena?* 1. Direitos reais em coisa alheia. Direitoromano. Idade média. 2. Pré-contrato e direito real.

§ 1.466. *lua ad rem?* 1. LQue é —lua ad rem‖? 2. O. GUItKE e

H.O.LEEMAN; DEENBURG. 3. O direito expectativo deE.ZITELMAN e legitimação aquisição de L. ENNECCERUS.4.O direito que se averba e o direito que se vai adquirir.5.Eficácia da averbação

§ 1.467. *Direito real a adquirir?* 1. Em que poderia consistir o —direito real‖ do Decreto-Lei n. 58, art. 5º 2.

Direitos à aquisição da propriedade. 3. Os direitos de asseguração segundo K.HELLWIG

§ 1.468. *Inalienabilidade relativa.* 1 O conceito da —restrição relativa‖ do poder de disposição. 2. Eficácia da averbação e conceito de HÁNS REICHEL. 3. protocolização. 4. Não há direito real no Decreto-Lei n. 58, art. 5.o.

5. Pretensão do pré-contrato.

§ 1 .469. *Direito ou pretensão?* 1. Atribuição de direito??Averbação que não corresponde à verdade

§ 1**.** 470. *Cláusula de inalienabilidade e inalienabilidade relativa.* 1. Caráter absoluto das cláusulas de inalienabilidade. 2. Provisoriedade da averbação. 3. Inalienabilização segundo o art. 3º do Decreto-Lei n. 58

§ 1 .471. *Eficácia da averbação.* **1. Ineficácia dos atos do pré-contraente** vendedor. Resposta à nota de TH. Kípp.

2. Conteúdo da eficácia. 3. O direito do pré-contraente comprador continua de ser obrigacional. 4. Eficácia hipotética. 5. Eficácia negativa. 6. Prescritibilidade. 7. Transferência do pré-contrato. Nulidade

§ 1.472. *Contrato de opção e direito formativo gerador.* 1. Contrato de opção e averbação. 2. Promessa de contratar e contrato de opção, 3. Averbação ou transcrição? 4. Eficácia da averbação. 5. Ainda a distinção entre promessa de contratar e contrato de opção

CAPITULO VIII

INSTRUMENTO DO PRÉ-CONTRATO

§ 1.473. *Fundo do pré-contrato.* 1.Figurantes do pré-contrato 2.Existência, validade e eficácia

§1.474. *Forma do pré-contrato.* 1.O Código Civil e o Decreto-Lei n.58. 2. Oferta e aceitação. 3. Forma bilateral 4.O

Decreto-Lei n. 58, art.11

§ 1.475. *Pré-contrato por instrumento particular.* 1. Formas. 2. Duas vias. 3 Assinaturas. 4. Acréscimos e ressalvas.5.Averbação

§ 1.476. *Pré-contrato por instrumento pública.* 1. Exigências 2.Decreto n, 3.709, art. 11, § 1.~138

§ 1.477. *Comunicações de fato escritas.* 1. O Decreto-Lei n. 58, art.11, a)Objeto do pré-contrato. 3. As

—declarações‖ do art. 11, *g).* Existência de direitos reais ou de ônus

§ 1.478. *Declarações de vontade.* 1. Art. 11, *d) e), f)* e *h)* **.** Preço. Prazo. Moda. Tempo. 3. Juros. 4. Cláusula penal.

5.Taxas e impostos dos lotes

§ 1.479. *Procuração e pré-contrato.* 1. Procurador com poderes especiais. 2. Averbação. 3. Escritura pública

§ 1.480. *Prazo para a averbação.* 1. Quem é incumbido de entregar as vias. 2. Culpa

§ 1.481. *Vias do pré-contrato.* 1. Duas ou mais. 2. Oficial do registo

CAPÍTULO IX

TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS PRÉCONTRATUAIS

§ 1.482. *Transferência da propriedade.* 1. Casos possíveis. 2. O Decreto-Lei n. 58, art. 9~o 3. Sucessão —causa mortis‖. 4. Sucessão —inter

vivos‖. 5. Inalienabilização relativa...

§ 1.483. *Transferencia do direito ao contrato.* 1. Transferibilidade. 2.Declaração de cessão ou —trespasse‖. 3.

Direitos e obrigações. Sucessão de dívida. Sucessão de direitos. 4. Solidariedade. 5. Cessão pelo pré-contraente comprador...

CAPITULO X

RESOLUÇÃO E RESCISÃO DO PRÉ-CONTRATO

§ 1.484. *Compra-e-venda e resolução.* 1. O Código Civil, art. 1.092, e o Decreto-Lei n. 58, art. 12. 2.

Responsabilidade..

§ 1.485. *Mora do pré-contraente comprador.* 1. Interpelação. 2. —lus cogens‖. 3. Exigibilidade. Constituição em mora Resolução do pré-contrato

§ 1.486. *Resolução do pré-contrato.* 1. Conceito de resolução. 2. Eficácia. 3. Repetição. 4. Prazo. 5. Anuência quanto à resolução 160

§ 1.487. *Forma do intepelações.* 1, Nada tem com o Código.de Processo Civil. 2. Relação jurídica processual administrativa.

3.O Decreto n. 3.079, art. 12, § 22. 4. O art. 13, § 3º. 5.Interpelação administrativa. 6. Dúvida do oficial do 1.488

registro *purga da mora.* 1. Pré-contraente comprador em mora. 2. —Purgatio morae‖

§ 1 **.** 489. *Conceito de resolução.* 1. Declaração de vontade resolvente. i,Existência ou eficácia do contrato? 2.

Denúncia, resilição, resolução. 3. Relação jurídica —resolvida‖. Construções possíveis. CÀRL CROME e II.

DERNBURO. Outras opiniões.

§ 1 .490. *Natureza e eficácia da resolução.* 1. Direito formativo gerador. Imprescritibilidade. 2. Exercício da pretensão. 3. Fundamento para as restituições. 4. Escolha técnica pelo legislador. Condição resolutiva

§ 1 .491. *Condição resolutiva.* 1. Natureza das condições. 2. Condição suspensiva. 3. Condição resolutiva. 4.

Eficácia da condição resolutiva segundo o Decreto-Lei n. 58, art. 12.

§ 1 .492. *Resolução por mora do loteador.* 1. Decreto-Lei n. 58, art. 12. 2.Mora e resolução. 3. Exceção —non adimpleti contractus‖. Crítica

ao Código Civil alemão, § 322, alínea 1.8. 4. Princípio da co-pontualidade. Teorias a respeito. 5.Incidências do princípio

§ 1.493. *Diminuição do patrimônio.* 1. Código Civil, art. 1.092, alínea 2.~. 2. Pré-contrato de Compra-e-venda de lotes .. .

§ 1.494. *Resolução do pré-contrato.* 1. Ainda o Código Civil, art. 1.092, parágrafo único. Princípio da pretensão à segurança da prestação primeira; princípio da resolução pelo não-adimplemento.

2.Natureza da categoria do art. 1.092, parágrafo único 178 § 1 .495. *Eficácia da condição resolutiva e da resolução.* 1. Distinção imprescindível. 2. Código Civil. arts. .119 e 647. 3. Restituição

§ 1.496. *Antecipação do pagamento.* 1. Antecipar ou pagar todo o preço. 2. Recusa de outorga da escritura. 3.

Hipoteca

§ 1 .497. *Ação do loteador.* 1. Pretensão à escritura definitiva 2.Execução da obrigação, porém não —transferência real‖3.Rescisão

CAPÍTULO XI

FINANCIAMENTO (EMPRÉSTIMO E EMPREITADA.

§ 1 .498. *Empréstimo para* o *loteamento.* 1. Principio da indivisibilidade da garantia real. 2. Pretensão a liberar-se.

3. União de terrenos. 4. Estipulações contra o principio da indivisibilidade da garantia real. 5. Liberação parcial. 6.

Solução da divida; teorias sôbre o pagamento. 7. Quitação ...

§ 1.499. *Empréstimo feito pelos vendedores.* 1. Distinção feita pela lei. 2.O Decreto-Lei n. 58, art. 18. 3. Contrato tipo. 4. Transferência. 5. Acréscimos feitos pelo Decreto n. 3.079

§ 1.500. *Empreitada de edificio urbano.* 1. Memorial. 2. Averbação do contrato de empreitada

§ 1.501. *Solidariedade passiva "ex lege".* 1. O Decreto-Lei n. 58,art. 20. 2. Transferência e responsabilidade.

Construção jurídica

§ 1.502. *Falência e morte, no período do pré-contrato.* 1. De um só dos contraentes ou de ambos. 2. Morte **CAPÍTULO XII**

AÇÕES E REMÉDIOS PROCESSUAIS

§ 1.503. *Inscrição e averbação.* 1. Promessas de Compra-e-venda de lotes. 2. Ações oriundas do pacto

§ 1.504. *Ações e defesas fundadas na. lei especial.* 1. —Lex specialis‖.2.Decreto-Lei n. 58, art. 23. 3. Registro e eficácia. 4. Existência e validade. 5. Juízo

§ 1.505. *Foro „competente.* 1. —Forum rei sítae‖. 2. Código de Processo Civil, art. 136, e Decreto-Lei n. 58, art. 24.

3. Medidas constritivas

PARTE XI

Promessas de compra venda de imóveis

CAPÍTULO 1

PROBLEMA DAS PROMESSAS DE COMPRA-E-VENDA

§ 1.506. *Direito dos séculos XV a XX.* 1. Lei de D. Dínis. As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Filipinas. 2.

Os juritas do velho direito. 3. ANTÔNIO COMES, ALVARO VALASCO e MANUEL GONÇALVES DA SILVA. MIGUEL **DE** REINOSO. Juristas

1.507.posteriores

§ *Posição do problema das promessas de contratar.* 1. A questão central do pré-contrato. 2. Pressuposto de forma para a existência, a validade e a eficácia. 3. Transmissão da propriedade e forma. 4. □~ direito português e a escritura pública. 5. A interpolação manuelina

§ 1.508. *Princípio da independência dos pressupostos.* 1H. DEGEN**KOLB.** 2. Identificação da eficácia

§ 1.509. *Direito do Código Civil até o art. 22 do Decreto n. 2.079.* 1.Antes de 1937. 2. O Código Civil, art. 1.08

§ 1.510. *Promessa de Compra-e-venda depois de 1937.* II. O valor acima de dez mil cruzeiros. 2. Decreto-Lei n.

59, art. 22. 3.União, Estados membros e Municípios. 4Alterações no registro CAPITULO II

TRAÇOS DIFERENCIAIS E CLASSIFICAÇÃO DOS PRÉ-CONTRATOS

§ 1.511 .Promessas unilaterais de contratar e oferta. 3. Oferta e —si volet‖ contrato

§ 1.512. *Classificação dos pré-contratos.* 1. Unilateralidade e bilateralidade. 2 Direito de opção e pré-contrato. 3. O

direito de opção na vida prática. 4. Traços diferenciais. 5. Desapropriação, promessa de Compra-e-venda e contrato de opção

§ 1.513. *Pré-contrato de contrato real.* 1. ‗Espírito e substância‖, em comparação de H. STOacu, em 1878. Os estudos de H. **GENKOLB,** em 1871 e 1887 2. As três opiniões: H. STOacu; F. SUFFSIAN, J. KOHLER. **.** Direito brasileiro. Promessa unilateral e bilateral. erro de terminologia do Código Civil alemao. 4. Mútuo e etimologia. *5.*

O problema técnico no Código de Processo Civil, art 1 .006. t. Pactos de dar mútuo e aceitar. 7. Fronteiras do direito material com o direito processual. 8. Problemas de técnica legislativa e de direito positivo. 9. Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2.0. 10. A doutrina anterior. 11. Pré-contratos e ação.12.Lugar de execução

§ 1.514. *Pré-contrato de contrato consensual.* 1. Utilidade da categoria jurídica do pré-contrato de contrato consensual. 2. Pré-contrato de contrato consensual, a despeito de já se poder atender a todos os pressupostos do contrato prometido. 3.Campo de aplicação do art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil CAPITULO III PRÉ-CONTRATO E PACTOS ADJECTOS

§ 1 .515. *Pactos "de contrahendo" e pactos adjectos.* 1. Adjecção e prejecção. Evolução do direito romano. 2.

Pactos nus e pactos vestidos. 3. —Actio‖ e —exceptio‖. 4. Direito pretório.

5.Direito imperial posterior (promessas de doar e promessas de dote). 6. —Pacta legitima‖. 7. Arras précontratuais 2

§ 1.516. *Compra-e-venda e arras.* 1. Definição. 2. O Código Civil, art. 1.094, e as arras confirmatórias. Arras penitenciais.

3.Operação real ou pacto real. 4. O direito de arrependimento no direito grego; influência do direito provincial no direito romano

§ 1.517. *As arras* no *direito afonsino e manuelino.* 1. Ordenações Afonsínas. 2. Ordenações Manuelinas e Filipinas.

3. Código Civil, art. 1 .095. 4. Pacto adjecto e direito de arrependimento

§ 1 .518. *O direito de arrependimento.* 1. O direito anterior e o Código Civil, art. 1.096. 2. A regra do Código Comercial, art. 218, oriunda do uso entre os mercadores, conforme as Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 36,

§ 2

§ 1.519. *Arras no direito grego.* 1. Arras para conclusão de contrato. 2. Arras para prova de contrato. 3. Começo de pagamento

§ 1.520. *Arras e pré-contrato.* 1. —Pactum de contrahendo‖. 2. Hoje arras antes da conclusão de contrato são sinal sensível de que se concluiu um pré-contrato. 2. A lei e as arras para conclusão de contrato 246

§ 1.521. *Espécies de arras segundo a função.* 1. Arras penitenciais, arras declaratórias, arras penais. 2. Penalidade e penitencialidade

§ 1.522. *Natureza do art. 1.º do Código Civil.* 1. Regra dispositiva. 2. Direito de arrependimento. 3. Pré-contrato ou contrato em que não houve começo de pagamento

§ 1.523. *Arras e começo de pagamento.* 1. O Código Civil, art. 1.096. 2.Crítica contrária a tradição. 3. Linha histérica **...**

§ 1 .542. *Direito anterior e arras "pars pretii".* 1. As três soluções em luta: MANUEL GONÇALVES DA SILVA contra os anteriores. FRANCISCO DE CALDAS e BARBOSA. 2. Resposta **à** argumentação de MANUEL DE

ALMEIDA E SousA. 3. O valor das três opiniões

§ 1.525. *Arras* no *pré-contrato.* 1. Promessas de Compra-e-venda de prédios. 2. Arras em dinheiro

§ 1.526. *O Código Civil, ad. 1 .097.* 1. Arras penais. *2.* Regra dispositiva ou interpretativa: interpretativa, no direito civil brasileiro e no alemão. Resolução do contrato. Rescisão por vícios redibitórios. Onus da prova

§ 1.527. *Regras juridicas sôbre as arras.* 1. Explicitações. 2. Caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de fevereiro de 1928

PARTE XII

Compra-e-venda a prazo

CAPITULO 1

COMPRA-E-VENDA DE PRÉDIOS

§ 1.528. *Compra-e-venda.* 1. Negócio jurídico obrigacional. *2.* Existência, validade e eficácia. 3. Venda do prédio já pertencente ao comprador. 4. Venda de prédio futuro. 5. Preço

§ 1.529. *Compra-e-venda à vista.* 1. Simultaneidade e não simultaneidade. 2. Conclusão do contrato. 3. Contrato sinalaginático. 4. Obrigações

§ 1.530. *Compra-e-venda a prazo.* 1. Pura e condicional ou a termo. 2.Prestações a prazo. 3. Prazo não é termo. 4.

Denúncia

§ 1.531. *Tempo da prestação.* 1. Princípio interpretativo. 2. Fixação do prazo

§ 1.532. *Perda e impossibilidade da prestação.* 1. Perda e tempo da Perda. *2.* Impossibilidade supervemente

§ 1.533. *Determinação do preço.* 1. Dinheiro, prestação do comprador. 2. Particularidades do preço. 3. Fixação do preço 271

§ 1 .534. *Condição e Compra-e-venda.* 1. Compra-e-venda de prédios e condições permitidas. 2. Não se admite a reserva de domínio. 3. Venda de bem imóvel a prestações. 4. Direito de resolução. 5. A Compra-e-venda a prazo e o art. 1.130 do Código Civil

CAPITULO II

COMPRA-E-VENDA A PRAZO

1 .535. *Promessa de Compra-e-venda e compra-e-venda a prazo.* 1.

Diferenças materiais e formais. 2. Compra-evenda de lotes ou de terrenos não loteadas, construídos ou não. 3. Direito luso-brasileiro. 4. Cláusula de de simento. 5. Reserva de domínio. Conversão. 6. Cláusula de vencimento contagiante.

§ 1536.solução § 1. *Direito de resolução e pacto comissório.* 1. Estipulação direta ou indireta. 2. Contraprestação.

3. O art. 1.163 e parágrafo único do Código Civil. 4. Não há contradição entre os arts. 1 .163 e 1.092, parágrafo único, do Código Civil. 5. Confusão entre condição resolutiva e direito de resolução. 6. Os arte. 648 e 1.092, parágrafo único. 7. Cláusula —rebus sic stantibus‖. 8. A doutrina da regra dispositiva CAPITULO III

INADIMPLEMENTO E PREÇO

§ 1.537. *Inadimplemento do contrato pelo não-pagamento.* 1. Pretensão e ação do vendedor. 2. Cumulação de ações. 3. Condição resolutiva e eficácia de direito formativo. 4. Eficácia da resolução. 5. Ação declaratória e ação constitutiva

PARTE XIII

Direitos de vizinhança

CAPITULO 1

RELAÇÕES DE VIZINHANÇA

§ 1.538. *Contactuação de direitos de propriedade.* 1. Limitações.2. Direitos

§ 1.539. *O espaço e as limitações ao conteúdo do direito da propriedade.* 1. Dimensões e direito da vizinhança. 2.

Limites das propriedades e atividade humana. 3. Exclusão e restrições aos direitos de vizinhança. 4. Limitações e determinação do conteúdo do direito de propriedade **..**

§ 1.540. *Uso nocivo da propriedade.* 1. Código Civil, art. 554.2. Caução de dano infecto, demolição, reparação. 3.

As três ações principais. 4. Limitação ao conteúdo e vedação do abuso do direito. 5. Rito cominatório. Outras pretensões.ações e remédios

§ 1.541. *Árvores limítrofes.* 1. Partes integrantes dos prédios. 2. Casos mais simples. 3. Imissão no terreno do vizinho. 4. Árvore comum. 5. Galhos e ramos. 6. Direito de corte e de apropriar-se **.** 7. Nenhum pressuposto de dano. Fonte germânica.8. Frutos. 9. se há —aquisição‖ dos frutos. 10. Incidência da regra do Código Civil, art. 557

§ 1 .542. *Passagem forçada.* 1. Limitação ao conteúdo do direito de propriedade. 2. Pressupostos. 3. Definição de vizinho, nos arts. 559,562. 4. Condôminos titulares do direito. 5. Imprescritibilidade. 6. Fixação judicial do rumo.

7. Ações cabíveis. 8. Registro. 9. Indenização

§ 1.543. *Água, e vizinhança.* 1. Código Civil, ar. 563. 2. Descida e escoamento das águas, não exigência da contiguidade dos prédios 3. Código Civil, art. 564. 4. Fonte e captação. 5. Código Civil, art. 566. 6. Direito que poda ser declarado. 7. Exercício do direito. 8. Código Civil, art. 567. 9. Natureza do direito e pressupostos 10, Código Civil, 1.544 art. 5683

Limites entre prédios. 1. Limitacões ao conteúdo do direito de

propriedade e abuso do direito. *2.* Direito romano

.3. Objeto da demarcação e da deslindação. 4. Natureza da pretensao e da sentenca. 5. Limites ainda não fixados. 6.

Acão de demarcacão. 7. Prova a ser feita. 8. Código Civil, art. 571. 9. Comunhão de direito. 10. sentença na acão

§ 1.545.de demarcação direito *de construir: o goteiras, janelas, eirados, terraços, varandas.* 1. Tese e antítese. 2.

Código Civil, art. 573. 3. Frestas. seteiras, ocules, etc 4. Natureza da limitação. Ação declaratória. 6. MANUEL

ALMEIDA *E* SOUSA e LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA. 7. Joon DE CABEDO e MANUEL MENDES DE

CARLOS. 8. O art. 573 e os terrenos em comum. 9. Espaço intercalar núblico. 10. Ação de nunciacão de obra nova. 11. invasão de arca. *12.* Goteiras. 13. Janelas, eirados, terracos, varandas, etc. 14. Obra acabada. 15.

Processo e sentenca na ação le nunciacão de obra nova

§ 1.546. *Direito de construir: 5) beirais.* 1 . Código Civil, art. 575. 2.Direito de vizinhança

§ 1.547. *Proprietários 0 que* não *se opõe.* 1.Código Civil, art.576. 2.Alcance do art. 576

§ 1.548. *Direito de construir: c) prédio rústico e interstício.* 1. Código Civil, art. 577. 2. Natureza dc direito

§ 1 .549. *Direito de construir: d) estreborias e currais, etc.* 1. CódigoCivil, art. 578. 2. Leis de direito público

§ 1.550. *Direito de construir: e) madeirar e travejar.* 1.Código Civil, art .579. 2. Arts. 579 e 580: as regras não são simétricas. 3. Conceito de —meio valor da parede‖.4. As pretensões do art. 579. 5. O Art 580. 6. se o proprietário contíguo já ergueu a parede em terreno só seu.7. Parede-meia

§ 1 .551. *Direito de construir f) chaminés, fogões, fornos.* 1. Fogo e calor. 2. SAMUEL Svayg .3. Ações. 4.

Diferença entre o art. 582 e o art. 583 do Código Civil. 5. Princípio da total utilização do espaço e direito de vizinhança. 6. Restrição e

exclusão do direito.

§ 1 .*552.Direito de construir: g) (trabalhos higienicos, esgotos, etc.* 1~ De ação. 2. Parede-meia .3. Mau cheiro. 4.

Lei de direito público.

1.553.Águas *e nocividade* 1. Regime do Código Civil. 2 Conceito de —inutilizacão 3. Direito anterior. 4. Lençol das águas

§ 1.554.D *ireito de entrada para obras.* 1. Proteção da casa. 2.CoEI.HO DA RocnA. 3. Código Civil do Cantão de Zurique, art..183. 4. Pressupostos. 5. Entrada. 6. Aviso. 7. Ações 415 ~ 1. Soo. *Ações nocivas do direito de vizinhança* 1. Ação declaratória. *2.* Ação rIa reivindicação do direito não-autônomo.

3. Ação demolitória. 4. Acão para indenizar parede divisoria. 5. A pretensão do art .580 do Código Civil quanto à meia espessura. 6. Pretensão a adquirir a comunhão no tapume. 7. Ação do art. 588, § 1., do Código Civil.

8.Ação do art. 541 do Código de Processo Civil. 9 Ação negatória e ação confessória CAPITULO II

TAPUME

§ 1.556. § 1.557. § 1.558. § 1.559. § 1.560. *o nome e a coisa* **.** 1 . Tapar. 2. Tese e antítese. 3.Meios de tapamento *Direito de tapagem.* 1. Cêrca. Tapume privativo e tapume comum. 2. Direito de vizinhança. 3. Código Civil, art.

588, § 1.0. 4. Dever de tapagem. 5. Código Civil, arts. 588 o 587 *Tapagem comum.* 1. Tapagem de dois ou mais. 2.

Código Civil, art. 643. 3. Tese. 4. Usucapião *O"direito formativo" do art. 6.43.* 1. Código Civil, art. 643.

2.Comparação de regras. 3. Ação. 4. Algumas regras *Regime do tapume comum.* 1. Código Civil, art. 642. 2.

Especialidades. 3. Código Civil, art. 571. 4~ Meação. 5. A expressão —condomínio‖ no art. 642 do Código Civil..

CAPITULO III

TAPUMES E LIMITES

§ 1 .561. *A ação de demarcação é real.* 1 **.** Demarcação. *2.* Realidade da ação. 3. Ação de direito privado

§ 1.562. *Ação dúplex, pretensão imprescritivel.* 1 Ação dúplex imprescritibilidade. 2. Cessação

§ 1.563. *Cumulação de ações.* 1. Demarcação e divisão. 2 Não-contradição. 3. Citação

§ 1.564. *Demarcação,benfeitorias e frutos.* 1.Questão incidente. *2.* Direito de propriedade. 3. Frutos

§ 1.565. *Legitimação subjetiva.* 1. Domínio. 2 Inventariante, administrador da massa

§ 1 .566. *Classificação ~da ação.* 1. se a ação é constitutiva ou declarativa. 2. Ação divisória **Parte X. Loteamento**

CAPITULO 1

TERRENOS DESCRIÇÃO, DELIMITAÇÃO NOMES E CARACTERISTICAS

§ 1.422. Noções preliminares

1.OBJETO DE DIREITO E COISA CORPOREA. **O** objeto do direito determina, até certo ponto, a estrutura da categoria juridica. Porém nunca se há de esquecer que a categoria jurídica, o *conceito,* atua sôbre o objeto. Todo objeto de direito, que seja coisa corpores, pode ser: *descrito,* isto é. —escrito‖ de um ponto determinado, ou segundo o que se vê, se desvenda, se descortina, sendo *acribere* gravar com estilete; *delimitado* isto é, referido ou apontado com os seus limites *(limes,* atravessadouro, rogo, sulco, valo entre lavouras) ; ter *nome,* para que se ligue a asse nome a imagem ou o terreno mesmo, isto e, *a* fim de que se saiba de que terreno ou de que outro objeto se trata;

caracterizado isto é, indicado pela descrição, pelos limites, pelo nome e por outras qualidades ou quantidades que amam ao máximo de conhecimento sôbre ele.

Em suma, o direito precisa de que se possa indicar apontar com o dedo indicador o objeto sôbre que recai a relação jurídica. Foi essa capacidade de indicar, nascida com a homem, com o dedo, que distinguiu dos outros primatas o homem mesmo.

Dedo indicador é pleonasmo, se descermos ao étimo: porque uma e outra palavra dizem o mesmo; e apenas a linguagem posterior deu a um dos dedos ser mais dedo (indicador) que os outros. Indicar o terreno é poder aponta-lo com o dedo. se ele rifo está cercado, nem murada, somente confrontações e medidas podem levar ao mesmo resultado.

).

§ 1.424. Modificaçôes dos terrenos: uniões (e adscrições)

1.UNIÃO, PARCELAMENTO, ADSCRIÇÃO. Os terrenos modificam-se ou a) pela *união* de dois ou mais, ou 10

pelo *parcelamento,* ou o) pela união de parte de um, ou mais, que assim se modificam; a outro, que passa, também, crescendo, por modificação *(adscrição)*.

2.PARTES E TERRENOS. TERRENOS E SUBSTITUIÇÕES SUBJETIVAS. As uniões de terrenos ou são *a*> ou e) união de dois ou mais, ou de duas ou mais partes num, união de parte de um ou partes de alguns noutro. A essas uniões do pertinentes as regras sôbre aquisição e perda da propriedade imóvel, segundo o Código Civil. A parte de terreno, ou o terreno, que se une a outro e perde a individuação que era a sua, pode ter dono e pode ser adéspota. A união de parte é chamada pelos escritores alemães adscrição, *Znschreibung* (Código Civil alemão, §

890, alínea 2.a).

No direito brasileiro, a união, ainda a adscrição, supõe que alguém tenha adquirido a propriedade do terreno unido a outro ou da parte adscrita a algum terreno e que êsse fato seja *registado.* Uma vez que temos usucapião de bens imóveis e admitimos terrenos adéspotas, nem

sempre a união ou a adscrição provém de ato de disposição *mais* registro. Isso permite que se dê a usucapião de terreno, ou parte de terreno, que já está no registro como pertencente a outrem; e o nôvo registro só se pode obter pela transcrição da sentença que importe na modificação do objeto de direito, ou pelo fato de se haver incluído como parte integrante de um terreno o terreno pertencente a outrem, ou parte dele.

No plano da posse os fatos é que traçam os limites dos terrenos, e nada se tem a ver com o registro. O registro pode ser meio de prova da posse, porém não tem eficácia para excluir a relação fáctica e, mais, jurídica da posse. O

terreno A, registado, pode ser possuído por diferentes pessoas que o dividiram materialmente, ou em virtude da própria posse.

Às vêzes, a união não implica *substituição* de sujeitos de direito: o terreno que se uniu a outro, ou a parte de terreno que se uniu a algum outro terreno, *também* pertence ao dono do terreno aumentado, O *principio da livre configuração das terras* permite aos donos de terrenos todas as combinações possíveis, exceto, onde *(limitações legais)* as leis fixem mínimo ou máximo de tamanho, ou imponham arruamentos, ou reentrâncias ao rés do chão, etc.

3. UNIFICAÇÃO. Pela união de terrenos, tornam-se eles *uni* só, quer dizer cada um deles passa a ser parte integrante não essencial de fundo único. se, após isso, se divide o terreno, se *ele sune,* não é o laço de união que se dês dá, o parcelamento é todo *ex novo.* Por exemplo: os direitos reais *que se ligavam* ao terreno A antes da união dos terrenos A, B e O, passaram a ser direitos reais do nôvo terreno ABO; se, depois, se parcela o terreno em A e BO ou A e B e C, ou A e B e 0/2 e 0/2, os direitos reais que eram ligados a A não voltam a ser de A. Tem-se de tratar do problema como regido pelos arts. 707 e 754 do Código Civil. Os direitos reais de garantia *que recaíam,* antes da união, nos terrenos, continuam a grava-los como partes integrantes e não se estendem ao nôvo terreno unificado. Esse ponto é da máxima relevância. União e acessão (Código Civil, art. 811) são coisas distintas; e união não é destruição da coisa, nem resolução do domínio (art. 849, II). Esses conceitos merecem atenção.

Os direitos reais que se criarem após a união se ligam a terreno nôvo, ou sôbre êle recaem; e a constituição de direitos sôbre as antigas partes tem contra si a nova figura imobiliária e o princípio de que são ingraváveis partes integrantes em separado.

4.DIREITO E PRINCIPALIDADE. A união de parte, ou partes, a outro terreno, se havia registro, daquela, ou daquelas, ou desse, supõe principalidade, ou que se transcreva a aquisição daquela ou daquelas, como terreno, e se tenha a êsse como aumento (adscrição), ou se transcreva a aquisição desse, tendo-se como principal. se não há registro de nenhum deles, somente a declaração de vontade do registante poderá fazer exaurgir principalidade..

A principalidade é, portanto, dependente da vontade humana, que nem sempre precisa ser explícita. Entre terrenos, tem ela ampla liberdade, sem que, em certos casos, a destinação não possa influir para a mudança, se implicava ser principal um dos tratos de terra, e não o outro ou outros *(e. g.,* sede do grupo de fazendas objeto de herança).

Os novos direitos reais, que se constituírem, *ligar-se-ão,* ou *gravarão a* nova idéia da coisa, que é a do terreno unificado. Os direitos reais anteriores que se ligavam às partes aumentadas à principal estendem-se ao nôvo terreno; os direitos reais de garantia, não, porque aumento (adscrição) não é acessão e o art. 811 do Código Civil se refere às acessões. No Código Civil alemão, o § 1.120 fala de produtos, de partes integrantes essenciais e de *Zubehdr* (pertenças) ; o Código Civil brasileiro, art. 811, de —acessões‖, —melhoramentos‖ e —construções‖. A opinião de MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* 27.a~32.a ed., 99>, que não distingue, no direito alemão, para a passagem dos direitos reais de garantia a todo o nôvo terreno, partes integrantes essenciais e partes integrantes não essencias, é insustentável; e menos admissível ainda se não atende a que a gravação da parte, que se adscreve, é prova de que ela se une, porém *seria* separável. Ora, êle mesmo teria a exposição da diferença no vol. ~, 13 parte, do *tehrbuch.*

§ 1.425. Modificações dos terrenos: parcelamentos.

1.PARCELAMENTO E LOTEAMENTO. *Parcelametto* (ou *loteamento,* noção que adiante melhor se exporá) é a *transformação do terreno em dois ou mais de dois:* o terreno velho desaparece, surgindo os novos; à diferença do que acontece nas uniões de terrenos em que desaparece um deles ou todos menos um e aparece o nôvo terreno.

Nem sempre a causa do parcelamento é o ato de disposição do proprietário; *e.* g., o terreno A parcela-se em três se alguém adquire a parte A‖ e outrem a parte A‖‘, ficando ao dono do terreno A, assim parcelado, somente A‘, que então é A menos A‖ e A‖‘.

2.PARCELAMENTO MATERIAL E PARCELAMENTO JURÍDICO.

É de toda a importância distinguirem-se o *parcelameitto* (ou loteamento) *material* e o *parcelarnento* (ou loteamento) *jurídico,* que, de regra, supõe aquele. É parcelamento material o que se faz, precisamente, ou não, na imagem da coisa (planta. delimitação), *ainda* sem se fazer na coisa. Donde existir, ainda no plano material, *execução* da parcelação material que não foi jurídica. Exemplo: se tenho a fazenda A e vendi terreno de quinhentos metros por outros quinhentos metros, com testada para a estrada tal e limite, pelo lado esquerdo. com a fazenda de B. Eu e o comprador não —conhecemos‖ c que negociamos, mas sabemos que podemos a todo momento conhecêlo. Isso é o bastante para nós e para o registro de irná~_eis, onde se tornará *juridica* a parcelação.

3.DOIS MOMENTOS NA PARCELAÇÃO. A parcelação material tem, pois, dois momentos, que se podem fundir ou não:

a)o momento em que se faz *indicável* algum terreno nôvo, cortado ao velho, ou alguns terrenos novos, ou os terrenos novos; e b) o momento em que se corta o terreno antigo para se separar algum terreno nôvo, ou alguns terrenos novos, ou em que se corta todo êle em terrenos novos. Podese *cortar* antes de *indicar,* e é o que acontece quando muro pelo meio, por exemplo, o meu terreno; e podese *indicar* antes de *cortar,* como se faço o meu testamento deixando cinqúenta metros de frente por cinqUenta de fundos a A, ou simplesmente prometo a alguém, ou ao público, vender lotes ainda não *cortados* de cinqUenta metros por cinqUenta. Quem corta e descreve, com as indicações necessárias e suficientes, funde os dois momentos.

A parcelação *jurídica* é entrada na esfera do direito.

§ 1.426. Lote e étimo

1.O ÉTIMO DE —LOTE‖. LOTEAR, LOTEAMENTO. A palavra *lote* é de origem germânica, tanto quanto o é *loteria. Lotar, lotação,* vêm de *lote.* Outro verbo, que com o substantivo *lote* se fêz, já em nosso tempo, foi

—lotear‖, seguido dos recentíssimos *loteamento,* e *loteador,* que os vocabuláríos maís novos, inclusive o da Academia das Ciências de Lisboa, não consignam. Do mesmo nome dois verbos foram tirados que têm significações distintas: *lotar,* que é —fixar, taxar, determinar o número, ou pôlo; *v.* g., da gente da mareação a bordo:

dar a lotação ao presídio, ou fortaleza; lotar vinhos, azeites, vinagres; misturar em certa proporção os melhores com os somenos, para remediar o defeito dêstes, e poder vender por um preço médio proporcional‖ (ANTÔNIO

DE MORAIS E *SILVA, Dicionário da Língua Port ugnêsa,* II, 180) ; e *lotear,* que é dividir materialmente, fazer de uma porção multiplicidade, tornar o terreno em certo número de pequenos terrenos, ditos lotes *de terreno,* ou simplesmente *lotes.*

Quando tenho terras que alcançam, por exemplo, duzentos metros de frente por cinqUenta de fundo, posso loteálas em dez terrenos de vinte por cinqUenta e cada terreno é um lote. se lhes dou números, individuoos objetivamente, operação da mais alta importância para os identificar, isto é, para eh minar o que poderíamos dizer a sua fungibilidade. semelhante função do número ou da letra já encontrámos (Tomo XII) a propósito dos apartamentos. Aqui a *distribuícáo é apenas num plano.* Basta que se refira, quanto à situação, se há apenas uma frente, o número a partir da esquerda do observador, ou, se há duas frentes, a frente em que é situado o lote, ou o número a partir da esquerda do observador pôsto diante de determinada frente. Nos edifícios de apartamentos, intervém mais uma dimensão: a dimensão de altura, ou dos andares ou pavimentos.

2.IDÉIA DO LOTEAMENTO. O étimo de *lote* é o mesmo de *los,* donde *loteria* (através da língua italiana). Mas o *los* germânico tem muitas significações, a que corresponderam escritas diferentes *(e. g.,* no gótico, *klauts,* sorte, quota de herança, *lanss,* vazio, como o velho nórdico *lauss,* livre, desprovido de alguma coisa, como perdura no *les* inglês e no *los* alemão). À base está o dissociar, tratese de lote, de loteria ou de *Lõsung,* alemão, que é

—solução‖. Cortar em porções e tirar a sorte são dois elementos que permanecem, através das formas que as palavras, para designar os pedaços, os *lotes,* tomaram nas línguas antigas. A dosagem chega aos extremos em *lotar,* que é operação rigorosa, em *lotear,* que também o é, e em *lOto, loteria,* em que o azar passa à frente, sem se apagar a noção primitiva de *medir, raiar, distribuir.*

No fundo, o elemento conceptual de azar deve ter sido posterior ao ato de quebrar, lotear, porém ligado à mentalidade mística dos homens primitivos. Notase a indistinção, a equivocidade, melhor diríamos, em velhos textos como o de *Tristão* (153, 27), e o de HANS SACES (vol. III, 1, 158h, ed. de 1561) e no moderno SCHILLER *(Die*

Kiinstler, v. 231). —Deus loteia a cada um a vida‖, diziase.

Em *lote* e *loteamento* não há mais a idéia de sorte, de jógo. Sorteio de lotes já é combinação de dois conceitos: o de lote, que é anterior, e nele se alude a algum terreno, ou quantidade, de que se tiraram lotes; e o de tiragem à sorte, que perdurou em lote, loteria, e não em lotar e lotear. Quando DIOGO DO COUTO, nas *Décadas,* falou de lote, referiuse ao prêmio que sai nas rifas; mas já se usava, de muito, *lote,* bando, rancho, porção. O vinho superior, o vinho excelente, era dito —vinho do melhor lote‖.

§ 1.427. Divisão, partilha, loteamento

1.OPERÂÇÀO MATERIAL DE DIVIDIR. —Acne COMMUNI DlviOUNDO‖, —ACTIO FAMILIAE

ERCISCUNDAE‖. A operação jurídica de dividir assenta na operação material, no tornar em duas ou mais a coisa que era só uma. se A e E são condôminos, e querem pôr termo à indivisão, recorrem a medidas para dividir o bem e. cada um ficar com fração dele.

Além do fato material de cortar, de cindir, há o fato jurídico dúplice de tornar em dois, ou mais, o bem, o objeto do direito, e *retirar* da porção que cabe a A a relação em que ésujeito B e da porção que cabe a B a relação em que é sujeito A. Além de se multiplicar o objeto, *executam-se* a pretensão de A e a pretensão de E, recíprocas e coincidentes. Há, em verdade, ação executiva, *dúplice.* A partilha entre herdeiros ou entre marido e mulher, em vez de recair em determinado bem como tal, recai em patrimônio, de modo que *talvez* não ocorra qualquer cisão *material* e *jurídica* de algum bem. De regra, os que se têm de separar pelo desquite ficam um com o bem a e outro com o bem 6 ou com o valor de a. Os juristas romanos frisavam a diferença entre a *adio commun dividundo* e a *actio familiae erciscundae.* No loteamento, não há pretensão, nem ação. Quem loteia loteia o que é seu. Nada se muda ao sujeito ou sujeitos da relação jurídica de que éobjeto o bem a ser loteado, ou que se acabou de lotear. Por isso mesmo, conforme depois veremos, à operação de loteamento, para a venda a prestações, que é o assunto principal da Parte XI dêste Título, não se exigiu *transcrição.* Satisfezse a lei com a *znscrwao,* como se houvesse cindido o tempo das transferências de propriedade entre A e E em três momentos, transcrição a favor de A, inscrição, transcrição a favor de E, adquirente do lote.

Ovinicultor que loteou o seu vinho, ou o dono do terreno que loteou o

seu, continuou dono: aquele, do vinho que obteve com a mistura; êsse, dos lotes em que materialmente dividiu, cercandoos ou não, o seu terreno. se entende perma

necer no puro plano dos fatos, o loteamento nenhuma influência terá no plano jurídico. O dono do terreno de duzentos metros por cem, que dele fêz vinte lotes de vinte por cinqUenta, desenhando a planta, marcando os lotes, murandoos ou separandoos por tapume de qualquer espécie, pode não sair do *plano fáctico* e continuar a desinteressar-se de penetrar, com esse loteamento, no *plano jurídico.* Entrando nesse, o terreno, tal como era, desaparece; passam a existir, apenas, os terrenos novos, correspondentes aos lotes. Lotear é, portanto, operação material que precisa de algum ato específico para que tenha a eficácia jurídica da *multiplica ção* ou *espedaçamento do terreno.* Em vez do uno, virá, então, o múltiplo. Em vez do terreno A, os terrenos A1, A2, A3. Depois disso, falar-se de lotes é aludir-se ao passado, à operação de loteamento, àloteação, *que ficou atrás.*

Em todo caso, o espedaçamento sem substituXção do proprietário ainda deixa pendente a unidade, pelo *principio da livre configuração das terras,* de que falámos no § 1.424, 2. Êsse princípio cria aos legisladores que desejam regras para o loteamento problema de técnica legislativa, que não os tem preocupado, porque, sendo o loteamento fato econômico mau importante em países de latifúndios ou de cidades em formação, há certo desnível de cultura entre os que fazem as leis e a ciência do direito. O problema de técnica legislativa consiste em (a) se atender *mais à parcelação material* que à *titularidade* e, pois, em se adotar a juridicização do parcelamento mediante a *transcrição* ou *(b)* em se atender mais à *titularidade* que à *parcela çlo material* e, pois, em se não adotar a juridicização, ou em se adotar a juridicização do parcelamente material por simples *averbação;* ou *(c)* em se atender aos dois fatos, *inscrevendo-se* o loteamento, com o que se juridiciza o parcelamento sem se sacrificar o *principio da livre configuração das terras* (por exemplo, o loteador pode vender lotes, ou a terra lotqada). A lei brasileira seguiu o caminho (e).

2.DívísXo E PARTILHA. JURIDICIZAÇAO. Também a divisão e a partilha precisam de algum ato para que entrem no mundo jurídico. Porém a divisão e a partilha, essas, cortam o objeto e põem fim à

comunhão. O

loteamento, não:

nada se passa, ordinàriamente, no que concerne ao sujeito

§ 1.427. DIVISÃO, PARTILHA, LOTEAMENTO

ia

tudo ocorre quanto ao objeto. Dividir é atingir coisa e sujeito; partilhar pode não atingir a coisa, mas atinge o sujeito. *Lotear* só *atinge a coisa.*

3.COMUNHIO E TERRENOS. se A e 13 são condôminos do terreno *a,* ou são casados sob o regime da comunhão de bens e o terreno a faz parte dos bens comuns, a deliberação de lotear, por parte de A e de 13, de modo nenhum altera a comunhão de A e de 13 em *cada um* dos lotes que a operação loteativa conseguir. se, depois, os condôminos A e B querem que o lote *a*" fique a A e o lote a2 fique a E, ou se A e E se desquitam e querem lotes separados, a marcação material e jurídica nada tem com o loteamento que, ainda se foi juridicamente levado a cabo, isto é, *se foi quebrada,* perante o direito, *a unidade do terreno,* ficou para trás, no tempo. A divisão *jurídica* já encontra a operação material que serviu ao loteamento e lhe serve, ou já a encontra a partilha jurídica entre cônjuges, ou entre um dos cônjuges e os herdeiros do outro, ou entre os herdeiros dos cônjuges.

4.OPERAÇIO DE LOTEAR. Por onde se vê que *lotear* éoperação mais simples que *dividir* e *partilhar.* O dono ou donos do terreno têm liberdade e facilidade no lotear que os condôminos ou, em geral, os comuneiros não têm no dividir e no partilhar. Não está o dono, nem estão os donos, que intentam a loteação, adstritos a 1

1

regras de quotas subjetivas nos lotes: as regras, a que obedecem, são de ordem meramente objetiva 4

5

(conveniência de formação dos lotes, frente para a rua, realizaçao pelo maior ou menor tamanho, etc.). São as regras tão meramente objetivas quanto aquelas que se traça a simesmo o cortador de diamantes

quando resolve fazer cinco ou seis, ou mais, diamantes, conforme cálculos de natureza econômica e estética.

5.LOTEAMENTO E CONDOMÍNIO. Os condóminos que latejam o terreno em condomínio continuam condôminos de cada lote, segundo as suas quotas. Os condôminos que lotelam e escolhem para si os lotes, pondo termo à divisão, lotearam e dividiram. Os engenheiros que, após o negócio jurídico entre os condôminos, procediam ao loteamento, serviam a dois fins:

lotear e dividir. se Esses condôminos quiseram continuar ligados por laço social <*e. g.,* sociedades por quotas de responsabilidade limitada), há três operações: loteamento, divisão, entrada dos lotes escolhidos no capital social.

§ 1.428. Juridicizaçio do loteamento

1.A OPERAÇÃO MATERIAL DE LOTEAR E SUA ENTRM)A NU MUNDO JURÍDIcO. O lotear, ainda quando ultimado, não pe netra, somente por se ter efetuado, no plano do direito. Os caminhos por onde o loteamento se juridiciza são vários. O mais simples deles e, por isso mesmo, o mais incompleto é o do comodato de lote, se o terreno ainda não está *jurUlicamente* loteado: cada comodatário tem as obrigações concer nentes ao seu lote e não se pode invocar o art. 1.255 do Código Civil onde se diz que, —se duas ou mais pessoas forem simultá neamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidâriamente responsáveis para com o comodante.‖ O lote penetra, assim, no piano jurídico, porém não vai além da *posse* e do *direito das „obrigações.* Tal como ocorre com o empréstimo, ou ~m a locação de quartos ou de partes da casa.

2.EFICÁCIA —REAL‖. O que importa para que o lotea. mento atinja a completi juridicização é a eficácia *real.*

Essa eficácia real é que faz desaparecer, no‘ plano jurídico, o *terreno* e aparecerem os *lotes* dele.

Oproblema de técnica legislativa, a que nos referimos no § 1.427, tem aqui toda a sua relevância. Ou se dá, de vez, toda a eficácia real, mandando-se transcrever o loteamento, de modo que, a despeito da não mudança de proprietário, se quebre toda ligação dos lotes ao passado, eliminando-se, até certo ponto, o problema mesmo de lei sôbre loteamento; ou se cria preparação para a alienação, ou para a simples divisão, mediante a averbação; ou se edictam normas sôbre êsse tempo intercalar que vai do loteamento material à transferência da propriedade. Já dissemos que foi êsse o expediente que a *lez lata* escolheu: o da inscrição em livro especial.

A inscrição fica como entre a transcrição do terreno e a averbação dos pré-contratos de Compra-e-venda.

A inscrição dos pré-contratos de Compra-e-venda de imóveis não loteados funde aquela inscrição e a averbação.

A eficácia *real* das uniões, adscrições e parcelamento con cerne à *res,* porém não se cria, com ela, direito real: tudo se passa no plano do objeto e, como tal, na relação jurídica.

Por onde se vê quão importante é, em ciência do direito, atender-se ao conteúdo preciso dos conceitos. Lotear, partilhar e dividir são operações inconfundíveis; e erros surgem, na prática, pelas confundirem juristas sem preparação científica. Mais ainda, no correr dos autos, juizes de pouca ou mal orientada cultura. Por outro lado, o loteamento, como fato, antes da sua juridicização, e o loteamento depois dela, são entre si distintos e longe estão, ainda assim, ambos, das operações jurídicas de mudança de sujeito e de partilha. Temos, aí, em exemplo insinuante, prova da necessidade, nunca assaz recomendada, de se saber, quando se emprega um termo, *de que* realmente *se está falando.*

O parcelamento pode existir a respeito de terreno que pertence à mesma pessoa, sem intuito de venda; pode pertencer a essa pessoa, com intuito de venda; pode ser levado a registro, para que se parcele, *no plano jurídico* o terreno. Essa juridicização permite que se trate cada lote como *res,* coisa, sem necessidade de se dar a substituição subjetiva. sem ela, seria difícil assegurar-se o loteamento sem a substituição subjetiva; porque permaneceria no plano dos fatos puros.

8.DifiEITo DE DIvmIR. No condomínio há *obligatio ex communione* à

divisão, se o terreno não é indivisível, nem ficaria sacrificado o seu destino, nem se lhe rebaixaria o valor. Um dos modos de dividir é lotear. A pretensão a lotear é pretensão real, como espécie de pretensão a dividir (G. O. BURCHARDI, *Lehrbuch,* II, Parte III, 852 e 854; A. BRINKMANN, *Verhãltniss der* actio communi dividundo *und der* actio negotiorum gestorum ***ZU***

einander, 10 e 88; A. HEIse e F. CROPP, *Juristische Ábhandlungin,* 1, 135 s.; L. SCHRADER, *Commentarius ad Institut. fustineaneas,* 565; cp. OTTO GEIB, *Die rechtlicite Natur der Actio* communi dividundo, 4 s.). O loteador procede para os condôminos à divisão em lotes, ou eles mesmos a ela procedem, judicial ou extrai judicialmente.

se a parte de algum condômino corresponde a pedaço do terreno que pode ser separado e registar-se o ato discretivo, não há loteamento, própriamente dito. O loteamento supõe, para que se invoque o Decreto-Lei n. 5S, de 10 de dezembro de 1937, que se lotele todo um terreno ou grande parte dele. Não basta o propósito de se destacar um lote, ou de se destacarem dois lotes, sem intento de se perfazer a oferta ao público.

A ação para lotear não existe, se só um é o dono; mas há a pretensão real a lotear, que se contém, satisfeitas certas circunstâncias, no direito de propriedade de terrenos. se há condomínio, a *obligatio* surge, sem se ter, aqui, de dar qualquer atenção à distinção entre *imploratio iudicis* e adio <cp. II. DEGENXOLE, *Einlassungszwaflg und Urteil.snorm,* 47 s. e 222;

B.AARONS, *Reitrdge zur Leitre von der* negotiorum gestio, 45 s.). Não se pode eliminar a pretensão real, porque se apontou a pretensão à tutela jurídica. A discussão em tôrno de ser, ou não, direito real o de dividir a coisa própria, parte de falsa premissa, a de não ser direito o que se contém em direito.

Oque se prefira chamar poder é poder contido em direito.

CAPITULO II

§ 1.429. Tentativas de legislação

1.1936 E 1937. Os juristas do passado foram desaten.~ tos à juridicização dos loteamentos. O que importava era a *venda* de —parte‖ como *res,* portando o esquecimento de todo o passado da coisa. Em 1936 foi apresentado à Câmara dos Deputados projeto de lei sObre Compra-e-venda de imóveis a prestações. O autor, o ilustre VALDEMAR FERREIRA, analisava os males da falta de legislação especial, alguns devidos à desonestidade de emprêsas loteadoras: precariedade dos títulos dos vendedores, gravame dos terrenos, deficiência da segurança jurídica baseada no Código Civil. O intuito do projeto *(Diário do Poder Legislativo,* 10 de junho de 1936, 12

20612 209) seria —proporcionar aos compradores de terras e terrenos a certeza, ainda assim relativa, de, cumpridas tOdas as obrigações por eles assumidas, adquirirem a propriedade delas, por via judicial e mercê de adjudicação‖.

Notese bem essa última parte: —por via judicial e mercê de adjudicação‖. A expressão —compromisso de Compra-evenda‖, evidentemente infeliz, já lá estava, a cada momento; e acertadamente o deputado LEví CARNEIRO pedia a sua substituição *(Diário do Poder Legislativo, 7* de agôsto de 1936, 14.998). A Comissão de Constituição e Justiça aproveitou o ensejo para algumas considerações favoráveis ao parcelamento da terra e pretendeu inserir o projeto como peça de *politica fracionadora da terra,* o que era ir além dos propósitos do autor do projeto.

2.O DECRETO-LEI N. 58, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1937. É pena que a necessidade e a urgência do projeto houvessem sacrificado o interesse de pôlo em melhor linguagem jurídica. As leis portuguêsas até o século XVIII e as leis brasileiras em certos momentos eram exemplos de linguagem técnica, sem emprego de substantivos e adjetivos, ou verbos, que não fossem de uso entre os juristas. A meia ciência da República e a nenhuma ciência dos últimos períodos vieram tisnar a nossa tradição. Sociolôgicamente, êsse prurido legislativo sem base em cultura começou com a mistura de advocacia administrativa e aparência de saber jurídico, por volta daqueles anos em que ficamos privados da obra genial de TErCEIRA DE FREITAS (que a República Argentina aproveitou) pela per-seguição invejosa de certo político.

O projeto, apresentado à Câmara dos Deputados, foi ao senado

Federal, que o aprovou com algumas emendas. O

golpe de Estado, a 10 de novembro de 1937, encontrou-o na Comissão de Constituição. O govêrno ditatorial aproveitou-o, sem lhe corrigir os senões. Dez anos já se passaram de aplicação, mas é indiscutida a premência de *sistematizar-se* o que se lê nos seus artigos. A lei é mal escrita, quanto à língua e ao direito; porém é melhor estuda-la, expo-la, do que outros legisladores apressados virem altera-la sem estudo, sem meios técnicos, no afã de ligarem os seus nomes a leis novas. O país precisa de estabilidade jurídica e de meditação.

§ 1.430. Período pré-jurídico dos negócios de loteamento

1.A OPERAÇÃO MATERIAL. Operação material, o loteamento, havia de existir antes que se edictassem regras especiais sôbre êle. Foi —o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações‖ (dois fatos inconfundíveis, porém que se juntaram no momento em que as variáveis econômicas determinaramn o arrebentamento dos latifúndios e das grandes vivendas> o elemento deflagrador da atividade legislativa em 1937. Para nos restringirmos, aqui, ao que o próprio Decreto-Lei n. *58,* de 10 de dezembro de 1937, explicitamente invocou, o legislador encontrava-se ante a situação criada pelo Código Civil, ari. 1.088:

—Quando o instrumento público for exigido

como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuto nos arts. 1.095 e 1.097‖. Quer dizer: a falta do instrumento público, quando necessário, tornava o negócio jurídico *promessa de contratar,* e não Compra-e-venda, ainda quando claramente se dissesse tal. Além disso, era permitido inserir-se nas vendas a prestações o —direito de se arrepender‖, de que fala o Código Civil, art. 1.095: —Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em tal caso, se o arrependido for o que as deu, perde-la-sá em proveito do outro; se o que as recebeu, restituila-sa em dôbro‖. Havendo arras, se o que as deu tornasse impossível a prestação, ou fosse causa de se resolver ou rescindir o contrato, perde-la-sia em benefício do outro (art. 1.097).

Esses textos não estão revogados; sobreveio, apenas, *lei especial,* o que é outra coisa. Veja Tomos III, § 343, 4, e viu, § 859.

2.As RAZÕES DA LEI. O Decreto-Lei n. 58, logo no segundo considerando, aludia a essa insuficiência de segurança aos compradores de terrenos a prestações sem escritura pública:

—As transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura de Compra-e-venda‖; e —êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade e boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras‖. Para obviar a Esses inconvementes, o legislador pesou as medidas a serem adotadas. —Para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de Compra-e-venda de lotes‖, disse êle em má.

terminologia (—transações‖,—cumpre acautelar o compromissário com futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos‖; bem assim havia de levar em conta que —a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se operam ~ sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores‖. As intenÇões dos legisladores iam além dos seus recursos de técnica e de terminologia jurídica, como sói acontecer a todos os fazedores de leis sem sério lastro de cultura jurídica. Essa a razão para as dificuldades que teve a jurisprudência e, maior ainda, para a necessidade de construção jurídica em linguagem técnica e escorreita, com os elementos do direito escrito.

Exatamente, um dos papéis da ciência jurídica aplicada é o de adaptar à terminologia que se adotou, através sle séculos de investigação jurídica, os textos das leis, para que sejam entendidos *com sentido.* Todos sabemos o que é

—compromisso‖, e ninguém vai pensar que foi de compromisso que tratou o legislador do Decreto-Lei n. 58

quando usou dessa palavra. NãO é o nome o que importa. O que importa é o que com êle se designa ou se distingue. As categorias jurídicas existem dentro do sistema jurídico brasileiro, que, noutras leis, as recebeu do passado e do presente do mundo. Cada lei nova, que se entrosa nele, tem de levar em conta que existem relações regradas por êsse todo de normas que é o direito de cada povo, a que se juntam as suas. As gôtas de vinho, que se põem no copo de água, enrubescem a água, mas a água lá está e as gôtas se misturam com ela. Ao todo lógico do sistema jurídico as regras novas hão de ajustar-se,

para que tenham sentido.

Teremos ensêjo de ver quais foram os *fins* da obra legislativa de 1937 e quais os seus *resultados.*

§ 1.431. Processos técnicos da lei sôbre loteamentos: a) juridicizaçio do loteamento 1. REGIME ESPECIAL. **A** lei sôbre loteamentos começou por submeter a regime especial os proprietários

únicos, ou condôminos, ou, em geral, comuneiros que pretendam vender lotes *ao público, m* ediante preço a prazo, em prestações. O art. 1º do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, estabeleceu: —Os proprietários ou coproprietários de terras rurais ou terrenos urbanos, que pretendam vende-los, divididos em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo em prestações sucessivas e periódicas, são obrigados, antes de anunciar a venda, a depositar no cartório do registro de imóveis da circunscrição respectiva: 1, um memorial por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais, contendo: *a)* denominação, área, limites, situação e outros característicos do imóvel; *li)* relação cronológica dos títulos de domínio, desde 80 anos, com indicação da natureza e data de cada um, e do número e data das transcrições, ou cópia autêntica dos títulos e prova de que se acham devidamente transcritos;. *e)* plano de loteamento, de que conste o programa de desenvolvimento urbano ou de aproveitamento industrial ou agrícola; nesta última hipótese, informações sôbre a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos, distância da sede do município e das estações de transporte de acesso mais fácil; II, planta do imóvel assinada também pelo engenheiro que haja efetuado a medição e o loteamento e com todos os requisitos técnicos e legais; indicadas a situação, as dimensões e a nomeação dos lotes, as dimensões e a nomenclatura das vias de comunicação e espaços livres, as construções e benfeitorias e as vias públicas de comunicacão: **III,** exemplar de caderneta ou de contrato tipo de compromisso de venda de lotes; IV, certidão negativa de impostos e ônus reais; V, certidão dos documentos referidos na letra *b* do n. 1‖. seguem-se os

§§ 1.0 a 52, que dizem respeito a pormenores, mais adiante estudados.

Os arts. 2.0 e **3O** ainda se referiram a essa formalidade prévia, que corresponde à inscrição do memorial da propriedade loteada. Esse período é o da *juridicização do loteamento.* Materialmente, já se loteou o terreno, seja rural seja urbano, tanto assim que, no art. 1.0, II, se exige o depósito em cartório da planta do imóvel, assinada pelo

proprietário ou proprietários, ou por procurador ou procuradores com poderes, especiais, e também pelo engenheiro —que haja efetuado a medição e o loteamento‖, —com todos os requisitos técnicos e legais‖.

Juridicamente, o loteamento somente começa de existir, para todos os efeitos, isto é, completa e perfeitamente, *depois* no instante imediato da inscrição: com o registro, cessa a unidade anterior do terreno loteado; em vez dele, exsurge, no plano jurídico, a pluralidade de terrenos (lotes), de modo que a idéia é outra, pôsto que continue de ser a mesma a matéria, o estôfo. Assim como, fundindo duas estátuas, posso obter outra estátua, *species nova,* a despeito de ser a mesma a composição material, a loteação, parcelando a terra, extingue o objeto inicial, cuja idéia era a de terreno vizinho de C, D e E, com frente Para a rua B e dimensões de duzentos por cinqUenta metros, e faz surgir primeiro, no plano material e psíquico (os marcos ou cêrcas e a planta que existe em nossa psique, pelo menos dos que a assinam), e, depois, no plano jurídico, mediante a inscrição no livro de registro os *lotes,* terrenos cuja soma perfaz o terreno loteado ora juridicamente extinto, sem que essa extinção vede ao proprietário deles, enquanto não os transfere, invocar o *principio da livre configuração das terras,* de que antes falámos (§~ 1.424, 2

e 1.428, 3), quanto à compra-e-venda do todo existente.

2.LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

É inegável que o art. 1.º, pr., contém *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. O direito de propriedade, inclusive de bens imóveis, é limitado pela lei. Já tivemos ensejo, várias vêzes, neste *Tratado,* de nos referirmos às limitações ao conteúdo do direito de propriedade e à distinção, assaz importante, entre *limitações* e *restrições.*

Quando, no art. 1.0, o Decreto-Lei n. 58 estatui que os proprietários ou comproprietários ou coproprietários, isto é, o dono de todo o terreno, ou os condôminos, ou os donos de dois ou mais terrenos juntos, que o loteamento haja de tratar como um só, *antes de anunciar a venda ao público,* para pagamento em prestações sucessivas e periódicas,

—são obrigados a depositar no cartório do registro de imóveis da circunscrição respectiva‖ os documentos e comunicações de que cogitam os incisos 1 a V, limita o conteúdo do direito de propriedade dos que se acharem com tais intuitos. A limitação somente poderia ser feita *por lei* (linha de legalidade ou princípio da legalitariedade,

segundo o qual todo limite à atividade e ao patrimônio dos indivíduos, cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes, somente pode ser feito *por lei,* isto é, regra jurídica elaborada pelo Congresso Nacional, aprovada, promulgada e publicada). O Decreto-Lei n. 58 é lei, porque, à sua data, as *leis* podiam ser conteúdo de decretos-leis. Por isso mesmo, as derrogações e revogações a êle só em *leis* podem ser feitas. Nenhum ato, que não seja lei, pode aumentar ou diminuir direitos, pretensões e ações que nasçam das normas que enchem o texto legal‘

chamado Decreto-Lei n. 58. De modo que a base do nosso estudo e das nossas investigações é o Decreto-Lei n. 58, que teve o seu sobre-direito no espaço (direito internacional privado e, em certos pontos, público).

A existência ou superveniência de decretos, ou regulamentos, ou qualquer ato que não seja a lei, suscita o problema de se saber se a regra edictada poderia, ou não, ser feita, sem ser em lei. se não podia, *não vale.* segundo o sistema do direito constitucional brasileiro, tem-se de reputar *nula,* e a ação ê constitutiva negativa, podendo dar-se a interposição do recurso extraordinário, se os pressupostos de algum dos casos do art. 101, III, da Constituição de 1946 se perfizerem.

3.DIREITO CIVIL E EXIGÊNCIA DE JURICIZAÇÃO DO PARCELAMENTO. Não existe no direito civil comum a exigência da *juridicização do parcelamento da propriedade imóvel.* se o proprietário deseja que o loteamento ou a simples marcação em dois ou mais tenha eficácia jurídica, claro é que tem de levar a registro essa mudança de forma, 4e idéia da coisa, para que, em vez de unidade, surja a pluralidade. Não é obrigado a ísso. O

dono do terreno A, de duzentos metros de frente por cinquenta de fundos, pode corta-lo em dois ou mais e, por exemplo, alugar os lotes, cobrando alugueres iguais ou diferentes e permitindo, ou não, certos usos ou destinações.

Pode vender apenas parte, satisfazendo-se êle e o comprador com as dimensões e as comunicações de fato concernentes aos confinantes. Ainda tais: pode vender algum lote ou parte e aceitar notas promissórias, ou obrigação de pagamento do restante, ou de todo o preço, em prestações. se vende por escrito particular, quando seria necessário instrumento público, não se exime do que lhe impõe o Código Civil, art. 1.088, nem do que se diz nos arts. 1.095 e 1.097.

O art. 12 do Decreto-Lei n. 58 veio exatamente *criar* a exigência da *juridicização do loteamento* nas espécies que êle precisou. Assim,

completos os pressupostos do art. 1.0, há a limitação ao direito de propriedade, particularmente ao *ius abutendi,* que o legislador bem podia, constitucionalmente, fazer, e juridicamente fêz.

4.PRESSUPOSTOS DO REGISTRO. ~ Quais são, porém, Esses pressupostos? Para que o dever de registro surja, é *necessário* e *Suficiente* que concorram os seguintes fatos: *a)* haver propriedade, condomínio, ou propriedades juntáveis, que se possam e queiram lotear; *b)* ser o loteamento para venda *(aliter,* se para locação ou outro negócio jurídico), inclusive sorteio; o) ser a venda a prestações (—em prestações sucessivas e periódicas‖, diz a lei) ; *d)* ser a venda a quem aparecer, *unus ex publico* (—por oferta pública‖, diz a lei, que adiante fala de —antes de anunciar a venda‖).

se falha um dos pressupostos, o dever de registro não surge. Razão, essa, para os examinarmos de per si.

5. TERRENO. O pressuposto *a)* é puramente objetivo: existência de terreno que seja objeto de direito de propriedade. Não há loteamento de posse para vendas a prestações. O possuídor, que não é proprietário, pode lotear o que possui; porém não lhe é permitido levar até o plano jurídico segundo o Decreto-Lei n. 58 o loteamento que haja feito. Daí se tira que a exigência da juridicização do loteamento não apanha o loteamento de terrenos cuja propriedade não conste do registro. Aliás, o inciso 1, b), é claríssimo em obrigar à apresentação da —relação cronológica dos títulos de domínio‖. (Isso não quer dizer que não seja possível juridicização incompleta do loteamento do terreno só possuído. Um dos casos é o do terreno loteado cujo possuidor transfere a uma ou diferentes pessoas a posse de um ou mais lotes.)

Outro ponto digno de atenção é o referente ao loteamento que se não faz para o regime do Decreto-Lei n. 58. Esse lotesmento que imaginamos, escapo ao Decreto-Lei n. 58 (ou não é para vendas a prestações, ou não é por oferta ao público), também se pode *juridicizar.* O meio não é a *inscrição* no livro especial, de que trataremos, e sim a *averba gão,* que apenas tem a eficácia própria do ato do proprietário no exercício do seu poder de parcelar que resulta do *principio da livre configuração das terras.*

6. LOTEAMENTO PARA VENDA. Quanto ao pressuposto se o loteamento é aproveitado para divisão entre condôminos, ainda que algum ou alguns dos lotes sejam vendidos a terceiros, particularmente

ou em hasta pública, ou entre proprietários de terrenos confinantes, que deliberaram pôr em comum as terras, ainda que vendam parte, sem ser como negócio principal, não há destino à venda no sentido do art. 1.0 do Decreto-Lei n. 58. *A fortiori,* se o loteamento é utilizado

como base para locação, ou outro negócio jurídico que não a venda, ainda que se trate de doação. Outrossim, a desapropriação dos lotes, ainda que o intuito, ao lotear-se o terreno, tenha sido o de venda a prestações e ainda que se desaproprie segundo o plano de loteamento e vendas, não perfaz o pressuposto *b).*

7.VENDA A PRESTAÇÕES. As vendas a que se refere o art. t.~, pr., são as *vendas a prestações.* Tal o pressuposto *o).* O conceito de —prestações‖ é o que mais importa. Por isso mesmo, tratando-se de loteamento para venda que não seja em mais de uma prestação, falta o pressuposto. As prestações são parceláveis ou imparceláveis.

É parcelável, divisível (diz-se), a prestação, quando se pode realizar, sem que se lhe altere a essência, ou se lhe diminua o valor, ainda que se substitua por várias prestações de igual conteúdo. O preço em dinheiro é divisível, porque o dinheiro, por definição, é parcelável, numerável (em relação numérica com a unidade que serve para o cálculo). Isso não quer dizer que o vendedor esteja adstrito a só vender, ou a vender sempre a prestações os lotes.

O art. 1.0 apenas o *habilita* a vender a prestações, segundo o Decreto-Lei n. 58. Vale a pena reter-se que o loteamento segundo o art. 1.0, registado, não impõe que os negócios jurídicos futuros de Compra-e-venda tenham de ser, sempre, precedidos de pré-contratos ou promessas de contratar, nem, tão pouco, que os pagamentos tenham de ser parcelados. A juridicização do loteamento segundo o Decreto-Lei n. 58 apenas dá aos negócios jurídicos de alienação dos lotes possibilidade da eficácia que o Decreto-Lei n. 58 lhes confere. O loteador que inscreveu o loteamento pode vender à vista, se retira, antes de vincular-se, o seu anúncio, tomando as cautelas de que falaremos, ou a prestações, mas em contratos de Compra-e-venda.

O art. 1.0, pr., fala de —prestações sucessivas e periódicas‖. Ora, se se parcela a prestação, as diferentes prestações hão de ser sucessivas. Periódicas dizem-se as prestações quando a incidência delas obedece a períodos, a tempo que volta, sem que à periodicidade se exija a igualdade dos períodos, nem, tão pouco, a das prestações.

Periodicidade implica, em todo o caso, regularidade.

A regra é que seja exigível imediatamente toda a prestação e possa realiza-la, imediatamente, o devedor. Porém, em vez de feita de *uma.* só *vez,* a prestação pode ser continua, como a abstenção, ou parcelada (—pagamento a prestações‖). O parcelamento pode ser em prestações que sejam regulares, ditas *periódicas; e. g.,* se a cada mês, ou bimestre, OU trimestre, ou ano, etc., ou se a 2 de janeiro, a 2 de março, a 2 de julho, a 2 de dezembro de cada ano.

Qualquer regularidade satisfaz a exigência da periodicidade.

As vendas por livres amortizações dentro de certo prazo, relativas a períodos, são periódicas.

8.VENDAS seM PUBLICIDADE As vendas a determinadas pessoas, sem a publicidade prévia, de modo que não haja recomendação poíítico-jurídica de se acautelarem os interEsses do público, escapam à exigência da *juriditização cio loteamento.* Por ocasião de cada compra-e-venda, individendo o lote, separa-se êsse juridicamente, dos outros, *por força do negócio juridico,* isto é, da declaração, implícita ou explícita, de parcelamentO, feita a respeito de bem divisível ou parcelável. Cada proprietário ou os condôminos têm poder para parcelar o seu terreno, até onde as leis que fixam o minimo de área o permitam. Esse parcelamento depende da *declaração de vontade de parcelar,* que o proprietário ou proprietários façam. As leis podem, por limitação do conteúdo do direito de propriedade, ordenar que se parcele. Então, o loteamento, oriundo de declaração de vontade, ou da lei, é inserível no registe imobiliário. Porém, conforme o art. 1.0 do Decreto-Lei n. 58, a juridicização somente é *obrigatória* se compostos os requisitos do art. 1.0, dentre os quais o pressuposto d), ser a venda a quem aparecer, ao *unus ex publico.* Os dois conceitos do art. 1.~, pr., concernem a isso: —oferta pública‖,

—anunciar a venda‖. (Oferta pública e oferta ao público são sinônimos.) 9.CONTRATO. Todo contrato se conclui quando duas ou mais manifestações de vontade concordantes em conteúdo, feitas por duas ou mais pessoas, criam o negocio jurídico, a que se dá o nome de *contrato.*

Ordinariamente, a conclusão do contrato resulta de sucessão de fatos, sendo menos frequente a própria simultaneidade das manifestações concordantes *(e. g.,* se C apresenta a A e B o projeto de contrato e A e 18 o aceitam ao mesmo tempo, W. WEDEMEYER, *Der Abschluss cines obligatorischefl Vertrages,* 37), o que faz presumir-se a sucessividade <*A.* vON TInIR, *Der Aligemeifle Teil,* II, 459). 10.OFERTA.

OFFERENDUM‖. A parte ou contraente que faz a primeira declaraçãO, isto é, a que toma a iniciativa, é o *ofertante,* ou, melhor, o *oferente,* como dizia frei ANTÔNIO FEIO, no *Tratado* dos Santos. A sua declaração de vontade é a *oferta.* Aquele que declara depois, concordando (consentindo). pois que recebeu a oferta, é o *aceitante;* e a sua manifestação de vontade é a *aceitação.* Não importa quem venha primeiro, ainda que um seja o futuro credor ou o futuro devedor, ou que se trate de contrato unilateral ou Wlateral. A oferta pode ser definida co mo manifestação de vontade, que exige recepção, e pela qual um dos contraentes propõe ao outro contrato.

O Decreto-Lei n. 58 cogitou do que mais acontece: a oferta pelo vendedor de terrenos. se, acaso, alguém, a despeito da *oferta pública* segundo o art. l.~, pr., feita pelo vendedor dos lotes, faz oferta, isto é, emite declaração de vontade (de comprar) sem se preocupar com a que fora feita de público e ao público, de modo a tornar *prius* a sua declaração de vontade, tem-se de levar em conta essa inversão dos papéis, salvo se o vendedor revida, acentuando a *anterioridade* e a *imoduficabilidade* da sua oferta. Todàvia, essa inversão é permitida, sem que, pelo fato de vir a ocorrer, escape o vendedor ao que resultou do anúncio das vendas. Todas as cláusulas desse são partes integrantes do contrato em que houve a inversão, salvo se a oferta do comprador afasta alguma ou algumas delas, quando a lei permita o afastamento.

É essencial à oferta que o consentimento, a aceitação, pela outra pessoa, seja *necessária* e *suficiente* para a perfeição do contrato. Por conseguinte, toda oferta há de ser *completa,* para que o aceitante, conhecendoa em sua inteireza, consinta em todo o conteúdo do contrato que vai fazer.

A oferta há de conter todos os *essentzalut negotn* e as derrogações a todo o direito dispositivo que o oferente não queira, bem como dos usos e costumes, que são, de certa maneira, antecipações coletivas de declaração de vontade.

Não é oferta o *convite a fazer ofertas,* inclusive as chamadas *submissões* ou *proposições.* pelas quais alguém submete ao estudo e vontade de outrem o ofertar ou não *(e. g.,* remessa de preçoscorrentes, tarifas, cotações) faltam-lhes *completitude* e *precisão.* Algumas vêzes são meras comunicações de fato, sem qualquer elemento de *vontade.* De regra, quando há, apenas, convite a oferecer, o convidante pode recusar a oferta e fazer outra, ou não fazer nenhuma. Porém > no caso de ser aceita a oferta, o convite é elemento valioso na interpretação do

contrato.

A oferta pode ser alternativa, e a oferta dos vendedores de lotes é, de ordinário, alternativa: oferecem todos os lotes que estão para venda e pelos preços que lhes correspondem. Porém isso não faz alternativo o conteúdo da prestação (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil,* III, 461, nota 17), se bem que não se possa excluir o caso de aceitação de conteúdo também alternativo, quando haja determinação do objeto *(e. g.,* —qualquer dos lotes me serve‖; —prefiro o lote A‖‘; —se já está vendido, o lote A2 se ambos já foram vendidos, o lote A, ou outro de igual tamanho‖).

1.OFERTA A PESSOA INDETERMINADA. A oferta pode ser a pessoa determinada e conhecida do vendedor, ou a tôda pessoa que venha a conhece-la e queira aceita-la. Os automatícos são o exemplo mais característico.

—Quando se observam as realidades da vida moderna, logo se nos apresenta~~, escrevíamos em 1927 *(Da Promessa de Recompensa,* 20), —uma porção de fatos, cada um com precisos caracteres próprios, mas pertencentes, por traços comuns, à mesma categoria: exposição de mercadorias em mostruários, anúncios públicos, colocação de aparelhos automáticos, que fornecem mercadorias, ou prestam serviços, avisos públicos, promessas públicas de recompensa ou de doação, distribuição de programas de subscrição pública para constituição de sociedades anônimas ou fundação de casas de misericórdia, asilos, hospitais, etc., subscrição para monumentos, festas, comemorações, exposições, *garden party,* empréstimos públicos, e muitíssimos outros fatos de socialização da vontade considerada geradora e constitutiva dos vínculos jurídicos‖.

12. OFERTA AO PÚBLICO. O Decreto-Lei n. ~8, art. l.~, pr., alude a —oferta pública‖. É a *oferta* ao *público,* a oferta a quem quer que, conhecendo--lhe o conteúdo, a aceite. Não se confundem a oferta ao público, ou oferta pública, a *invitatio ad offerendum,* de que antes tratamos, e a promessa pública, de que a promessa de recompensa (Código Civil, arts. 1.512 1.517) é uma das espécies. Essa é *negócio jurídico unilateral,* provindo de declaração unilateral de vontade.

se as vendas não são por anúncios públicos, em jornais ou afixos, ou cartas anuncios, ou outro meio de publicidade, o pressuposto *d)* não está satisfeito. Veja n. 4.

13. ATO ADMINISTRATIVO. **O** ato administrativo com que se opera a entrada do loteamento no mundo jurídico, de modo relativamente completo, é a *inscrição, a* que só se procede como eficácia do ato administrativo do oficial do registro, ou de sentença do juiz de registro. Dela falar-se-á oportunamente.

§ 1.432. Processos técnicos da lei sôbre loteamento: b) a categoria do pré-contrato 1.CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL, **A** construção da *relação jurídica de direito material,* que existe entre o promissário e o promitente da venda (o termo —compromissario e impróprio, ambíguo), exige toda cautela. Porque a influência da Lei uruguaia (art. 15) pode perturba-la; e não é certo que o art. 15 de tal Lei seja o que está nos arts. 15 e 16 do Decreto n. 3.079 através do projeto de VALDEMAR

FERREIRA (arts. 1618). A ênfase, com que se falou do —direito real‖ que se conferira ao comprador dos lotes, de modo nenhum corresponde ao texto da legislação brasileira. Por outro lado, a pesquisa da —vontade do legislador‖

é método condenado de interpretação <nosso Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv fiir Rechts und Wirtschaftsphilosophie,* 16, 522524), Mais ainda o de pesquisa do que pensou... o deputado uruguaio A ou B. Não há, nem houve antes do Código de Processo Civil, o direito real de que fala a Lei uruguaia (art. 15: —La promesa de enajenación de inmuebles a plazos desde la inscrición en ei registro, confiere ai adquirente derecho real respecto de cualquier enajenación o gravamen posterior **).** Por outro lado, devemos evitar discussões de direito estrangeiro, que não corresponde ao nosso *(e.* g., o italiano). O que importa é o conjunto de regras do Decreto-Lei n. 58, de 10

de dezembro de 1937, e do Código de Processo Civil, arts. 345349 e art. 1.006, § 2.~. Quanto à pretensão de direito material, o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, o Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938 e o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Ganha--se em se porem de parte as tentativas de construção anteriores ao Código de Processo Civil.

2.PRÉ-CONTRATO. *Contrato preliminar,* ou, melhor, pré-contrato *(Vorvertrag,* nome proposto por H. TRÔL), *pactum de contraflendo,* entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio

jurídico, dito *negócio principal,* ou contrato *principal.*

A nossa definição corrige o erro das outras definições, que, aludindo a contrato principal. excluem o contrato preliminar para declarações unilaterais de vontade. Não é contrato preliminar o que apenas estipula certa forma especial, ou certo estalão de preços, ou qualidades. Mas **é** contrato preliminar o em que se promete a alguém contratar com terceiro, O que é essencial à noção de pré-contrato é que se obrigue alguém a *concluir* contrato ou outro negócio jurídico. Veja Tomos *'~.7,* § 569, 2, III, § 424, 5, VI, § 629, e XII, §§ 1.330, 3, e 1.335, 2.

Pergunta-se: Quando se promete vender ou comprar *(pactum de vendendo vel emendo),* tratando-se de promessa entre A e B, sem haver qualquer elemento que medeie entre prometer e concluir, há pré-contrato? As confusões entre pré-contrato e contrato com prestação não presente são frequentes, com prejuízo da técnica e da boa aplicação das leis. O assunto cresceu de importância depois do art. 1.006 do Código de Processo Civil. Para bem se fixar a diferença, examinemos as espécies:

(A) No direito suíço, a promessa de emprestar *(pactum de mutuo dando)* é *condicio inuis* do contrato de mútuo; não pré-contrato: o promitente obrigou-se a entregar soma de dinheiro, não a contratar; de modo que, não sendo real o contrato, há pretensão à coisa, não ao contrato. No direito brasileiro, o mútuo é contrato real, e a promessa de contratar ou pré-contrato tem pleno cabimento.

(B) A Compra-e-venda, no direito brasileiro, à diferença de outros sistemas jurídicos, tem como *condicio iuris* o pacto de transferir, porque o contraente vendedor se *obriga* a —transferir o domínio‖ (Código Civil, art. 1.122), não é contrato real, como o mútuo: a obrigação decorrente é de transferir. <Tão desnatural aos olhos dos leigos é essa construção da nossa lei, que o povo se crê dono da coisa quando assina o contrato, sem pensar na hipótese de outro, que também compre *e registe primeiro.)*

Promessa de fazer contrato de Compra-e-venda é algo de artificial, dia útil do art. 1.122 do Código Civil; porque importa superfluidade, teoricamente, promete-se *nova* promessa de prestar. Tal como aconteceria com a promessa de prestar fiança: prometer é apenas —prometer‖. A promessa de contratar, o pré-contrato, mais aparece nos contratos reais, que são o tipo do contrato principal *se* alguma promessa o precedeu. Quando o legislador suíço incluiu o art. 22, 1.a parte, do Código das Obrigações, abrangeu, com a regra —A obrigação

de fazer convenção futura pode ser contratualmente assegurada‖, muito pouca coisa; porque exatamente o dito Código ignora os contratos reais. Em verdade, quando alguém promete vender (aqui, tanto no direito suíço quanto no brasileiro> e a promessa contém identidade do prédio vendido, satisfazendo todas as exigências do registro de imóveis, venda houve e cabe a apresentação do título para a transferência. O pré

contrato somente aparece (a) se se vendeu o lote A, ou a extensão x, sem se determinar e sem constar do registro a loteação ou o critério pai a ge determinar ou explicitar z ou não se determinou o preço; ou *(b)* se não foi satisfeito outro requisito, *e. g.,* a forma de instrumento público (contrato formal). Ou quando se promete declaração unilateral de vontade. Fora dos casos acima, (o) o contrato real é o suscitador eventual, mas típico, de pré-

contratos.

3.Os PRÉ-CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL. De modo que os pré-contratos já existiam no regime do Código Civil quanto aos casos *(a), (b)* e (o) ; e em quantidade maior do que no direito suíço, a despeito de sua regra explícita. E eram obrigatórios, tendo sido a mais inominável injustiça a espoliação dos que compraram lotes de menos (então) de mil cruzeiros e não foram admitidos a registar e os que obtiveram promessa de Compra-e-venda de lotes, de mais de mil cruzeiros, e não se lhes reconheceu o direito à indenização dos danos pelo fato de se lhes não entregar a propriedade. O que passou, passou; porém consignemos, aqui, mais um caso de pecado social pela negligência técnica dos juizes. Nenhuma sociedade anda certa quando frauda o seu próprio direito.

4.O PAPEL DO DECRETO-LEI N. 58. ~ Que vieram fazer o Decreto-Lei n. 58 e o Decreto n. 3.079? Só se referem à compra-e-venda; e, segundo os princípios de interpretação de **.** Compra-e-venda nos países em que tal contrato não é real, a —promessa de Compra-e-venda‖ deve interpretar-se como venda, desde que o imóvel esteja exatamente determinado, ou se a forma —substancial‖ foi observada. Os diplomas de 1937 e 1938 trouxeram o registro do loteamento para fazer *determinável* a indicação numérica dos lotes, ou indicação semelhante, função que nada tem com o direito material e com o direito processual, por ser função criada **à** —administração pública‖.

Trouxe isso a modificação do sistema do Código Civil, *cindindo* o

contrato consensual de venda em promessa e em contrato. É certo que, quando o art. 16 do Decreto-Lei n. 58 e o Decreto n. 3.079 dizem que o promitente será obrigado à escritura definitiva nos dez dias seguintes à intimação, essa escritura ou a) é efeito de direito material *(contrato real)* de Compra-e-venda que o Código Civil desconhecia, ou b) é eficácia executiva da obrigação do vendedor. São duas construções diferentes, porém só a segunda é consistente com o nosso direito.

se não for satisfeito o mandado de declaração de vontade,

o juiz adjudicará o lote ao promissário, e a carta de adjudicação é —título de propriedade‖ (Decreto-Lei n. 58, art.

16, § 1.~, b) ; Decreto n. 3.079, art. 16, § 1.0, *lO.* No caso da solução a), a escritura também —transferiria‖, porque note-se bem isso, que é o resultado da discussát da natureza do pré-contrato, contrato preliminar, ou *Vorvertrag* se a compra-e-venda não é real, só se precisa de pré-contrato, se não foi determinado o prédio, ou o preço, ou se algum requisito da transmissão de propriedade *falha* (não se confundam, porém, transmissão de propriedade e efeitos contra terceiros).

Tendo separado promessa de contratar e contrato de venda, o falso princípio de que as promessas de venda têm de seguir as regras de forma dos contratos ou negócios principais (assim, a promessa de emitir notas promissórias teria de **,,...** em notas promissórias!) foi pôsto de lado. Antes dessa legislação, haveríamos de entender como

—promessas‖ os contratos de Compra-e-venda sem a forma que deviam ter e como contratos as promessas que tivessem todos os requisitos. (Quanto a haver pré-contrato se não foi observada a forma do contrato formal, a discussão entre 5. SCHLOSSMANN, Ueber den Vorvertrag, .1 *herings Jahrbiicher,* 45, 1 s., e F.

REGELSBEItcm, *Pandekten,* 499, nota 22, E. DEGENKOLB, *Der Regril! des Vorvertrags,* 34 s., Zur Lebre vom Vorvertrag, *Archiv flir die civilistiache Prazis,* 71, 76, e tantos outros, terminou pela perda da tese de 5.

SCRLOSSMANN, cf. E. MATThIASS, *Lehrbuch,*

6a e 7 a ed., 1, 107, O. PLANCK, *Kom,nentar,* 4~a ed., 1, 319, O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 202.) O pré-contrato não precísa ter a

forma do contrato prometido.

5.A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA FORMA. **8.** SCHLOSSMANN,F. REGELseERGER, li. DEGENKOLB E

OUTROS. PRINCIPIO DA INDEPENDÊNCIA FORMAL DO PRÉ-CONTRATO. **O** principio é o seguinte: a promessa de contratar não é sujeita a outras exigências de forma que as exigências de forma das obrigações em.

geral **(E.** GÕPPERT, em 1872; FR. EIseLE, E. DEGENKOLB, e F. REGEESBERGER, que pôs claro estar a aformalidade da promessa de contrato formal ligada à diferença de —fim dê forma‖), salvo se a lei exclui a diversidade de forma entre o pré-contrato e o contrato, ou resulta da igualdade de —fim‖ (sôbre a doação, KARL

ADLER, Realcontract und Vorvertrag, *Jkerings Jahrbiicher,* 21, 225 s.). É o *principio da. independência formal do pré-contrato.* A lei especial brasileira, permitindo a cisão do contrato consensual da Compra-e-venda, em *pré-*

cóntrato e *contrato principal,* dito definitivo, procedeu à abstração do interesse do outorgante ou do outorgado quanto a essa cisão. Não se indaga se havia ou se há interesse em se obrigar o loteador a contratar, em vez de, desde logo, contratar. Já vimos que existiam, antes da lei especial, casos em que era possível haver êsse interesse; a lei tem exatamente a função de eliminar qualquer pesquisa desse interesse; noutros termos, admite que haja interesse, sempre, em separar, quando se querem venda lotes ao público, em prestações, isto é, interesse em *prometer promessa,* que tanto vale dizer prometer contratar, ainda se consensual o contrato; E há o Decreto-Lei n.

58, art. 22.

§ 1.488. Processos técnicos da lei sabre loteamento: e)eficácia —erga omnes‖ do pré-contrato 1.DIREITO POSITIVO ESPECIAL. A eficácia do direito, que o comprador a prestações, segundo o Decreto-Lei n. 58, adquire, tem de ser investigada no *direito positivo* especial, que é o Decreto-Lei. Para isso, o exame de cada uma das regras dele dá o único meio de chegarmos a conclusões convincentes. Nada, a propósito de efeitos, se encontra nos arts. 1.0 e 2.0, somente relativos aos pressupostos da juridicização do loteamento. Por eles apenas se sabe que a inscrição é,por si mesma, eficácia da resolução do oficial ou da sentença que decreta o registro. O

primeiro efeito da inscrição é o de tornar *juridico* o loteamento, extinguindo-se o terreno ou terrenos primitivos que foram loteados, se bem que ainda persista invocável o *principio da, livre configuração das terras* quanto à venda do todo assistente. O segundo efeito é tornar imodificável, com prejuízo dos que pré-contraíram, ou compraram lotes, a planta registada (art. 1.0, **§ 4.0).** O terceiro efeito é o de tornar inalienáveis por título oneroso ou gratuito, *inter vivos* ou *mortis causa,* a —qualquer título‖, diz. a lei, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta. Teremos de ver qual é essa transformação e qual o fundamento dessa inalienabilidade.

O segundo efeito é, indiscutivelmente; exceção ao *principio da livre configuração das terras:* o que loteou e registrou o loteamento, segundo o Decreto-Lei n. 58, não mais pode alterar a planta com prejuízo dos que compraram lotes, ou têm promessas de contratar, ou, de qualquer modo, têm averbados direitos a adquirir. A própria União, o Estado-membro e necessariamente o Município são interessados em que: as modificações lhes sejam submetidas.

2.NEGÓCIOS JURÍDICOS DE AQUISIÇÃO A PRESTAÇÕES. Os negócios jurídicos de aquisição a prestações que se regerem pelo Decreto-Lei n. 58 têm de ser *averbados.* Antes dessa averbação, a eficácia deles é somente *inter partes* e de modo nenhum se pode invocar o Decreto-Lei n. 58. O que ora nos interessa é a eficácia após a averbação. Mas só o examinaremos em primeira análise.

3.RESTRIÇÃO AO PODER DE DISPOSIÇÃO. **A** averbação confere ao que pré-contratou a Compra-e-venda a prestações o direito contra as alienações e onerações posteriores. Já aí vemos restrição ao *ias abutendi* do vendedor, que em verdade o perde; e tal restrição opera *erga omites.* É isso, sem entrarmos, por ora, na análise da categoria jurídica, o que se tira do art. **50**

4.PEDIDO DE CANCELAMENTO. Outro efeito da averba$o é obstar ao cancelamento da inscrição se pedida sem o consentimento da pessoa que consta da averbação como pré-contraente (art. 6.~, *b).*

5.PREFERÊNCIA E OUTROS PACTOS. **O** vendedor, segundo o direito comum, pode estipular que, em caso de alienação pelo adquirente, aquele tenha preferência, bem como pactuar de melhor comprador ou reservar-se o direito de retracto. Porém no caso de loteamento regido pelo Decreto-Lei n. 58, nem a retrovenda, nem a preempção, nem o

pacto de melhor comprador são cláusulas permitidas no pré-contrato de Compra-e-venda de lotes, ou no contrato definitivo. O art. 99, que adiante estudaremos mais de espaço, faz nula qualquer dessas cláusulas e outras que restrinjam a plena transferência dos direitos, assim *inter vivos* como *causa morti.s:* —O

adquirente por ato *inter vivos,* ainda que em hasta pública, ou por sucessão legítima ou testamentária, da propriedade loteada e inscrita, subroga-se nos direitos dos alienantes, autores da herança ou testadores, sendo nula qualquer disposição em contrário‖. O art. 99 dirige-se, precipuamente, ao que vende o todo ou todo restante loteado, porém a razão de proibir é a mesma, em se tratando de lotes.

6.CONDIÇÃO RESOLUTIVA IMPLÍCITA. Tanto no pré-contrato quanto no contrato definitivo de Compra-evenda de lotes inscritos, tem-se como inserta a *condição resolutiva* de ser legitimo e válido o título do domínio.

Essa condição é á favor do comprador, e não do vendedor. se resolvido o negócio jurídico, as conseqüencias são as do art. 12, § 19, cujo enunciado e conceito estudaremos adiante.

_7. TRANSFERÊNCIA. A transferência do pré-contrato, por simples traspasse lançado no verso das duas vias, ou por instrumento separado, com as formalidades do art. 11, §§ 19 e 20, é outro efeito do regime especial do Decreto-Lei n. 58.

8.ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. Outro efeito, ainda, do regime especial do Decreto-Lei n. 58 é a *pretensão* dos pré-contraentes que compram à antecipação do pagamento integral: ultimado êsse, podem exigir a outorga da escritura de Compra-e-venda. se foi feito êsse pagamento, ou se, antes de ser feito, o que desejava a escritura do contrato principal se recusa a assina-la, tem ação aquele. Essa pretensão não pode ser excluída por cláusula dos anúncios, ou do pré-contrato, tendo-se por nula. O art. 15 é regra cogente.

9.PRETENSÃO AO CANCELAMENTO. O adquirente, por ocasião de ser lavrada a escritura definitiva, tem pretensão ao cancelamento parcial da inscrição da hipoteca quanto ao lote adquirido, se houve hipoteca inscrita antes da averbação do pré-contrato, ou se foi feita alguma posterior, com o seu assentimento. Cf. arte. 16, § 59, e 1.0, § *39.*

10. FACILITAÇÃO DA INSTRUMENTAÇÃO DO EMPRÉSTIMO DE FINANCIAMENTO. **A** facilitação da instrumentação do empréstimo de financiamento a que se refere o art. 18 e a ligação de um negócio jurídico ao outro (arts. 1921) resultam do regime especial do Decreto-Lei n. 58.

Essa analisada de 8 a 10 é a eficácia especifica do pré-contrato de Compra-e-venda de lotes inscritos. sem a inscrição dos lotes, há terrenos, que ainda não foram parcelados *juridicamente,* e que podem vir a ser submetidos, como vendas a prestações, ou como promessas de Compra-e-venda às regras do Decreto-Lei n. 58, art. 22, com a redação que lhe deu o art. 1.0 da Lei n. 649, de 11 de março de 1949,
□

2 a parte, se observaram o que nessas regras

se prevê e será objeto da Parte XI e da Parte XII dêste livro.

Temos, pois, que a lei especial veio permitir que, ainda se *todos* os requisitos, formais ou não, do contrato de compra-e-venda de lotes, estão satisfeitos, se tenha como pré-contrato, e não como sendo contrato de Compra-evenda, o contrato que se concluira com *promessa* de contratar. Abstrai-se da necessidade de se *pré-contratar.* E tal abstração, por sua vez, permite que se reconheça em tal escolha interesse dos contraentes, o interesse em pré-

contratar, em vez de contratar.

Ora, se a lei chegou até êsse ponto, qualquer diferença entre o que se concluiu e o que seria de exigir-se ao contrato de Compra-e-venda, opera como interesse a mais, interesse que é *permitido,* porém não *exigido.*

Por onde se vê como a juridicização do loteamento faz inserir-se no mundo jurídico o dado fáctico da loteação e permite que se estabeleça o regime das averbações de pré-contratos de Compra-e-venda.

Teremos de ver qual a atitude do legislador diante dos negócios de Compra-e-venda de prédios nãoloteados.

No direito imobiliário brasileiro, as duas categorias são assaz usadas.

Nada obsta a que alguém divida, materialmente e juridicamente, o terreno que tem como próprio e venda o‘s pequenos terrenos em que o

dividiu, sem ter recorrido às regras jurídicas da lei especial: não no fêz por vendas a prestações e‘ oferta ao público. Nem a que o divida à medida que o vende. A alusão à Compra-e-venda é apenas como ao contrato mais freqUente.

Nada obsta, também, a que alguém observe o que a lei especial exige, sem anunciar venda, ou sem vender alguns, ou qualquer lote. O proprietário pode lotear observando a lei especial, e doar todos, alguns ou algum dos lotes, ou deixálos a herdeiros ou legatários, na totalidade, ou por números, ou, até, indivisamente (A herda o lote *o.* e metade do lote *b;* B metade do lote *b;* O os lotes e, de *e;* D e E, os lotes *f, g* e *h).*

Assim, o registro do loteamento, por inscrição, pode permanecer como tal sem qualquer negócio jurídico, sem qualquer oferta ao público, desde que, ao preparar-se, se observou a lei. A inscrição cria estado de negociabilidade, estado de ofertabilidade ao público, de que podem usar, ou não, os proprietários, ou proprietário.

Por outro lado, pode-se chegar às mesmas conseqüencias jurídicas das ofertas ao público de lotes loteando-se o terreno e pré-contratando-se ou contratando-se a venda dos lotes. A diferença é apenas nas formalidades registarias, que são, para o loteamento segundo o Decreto-Lei n. 58, art. 1889, a transcrição anterior concernente ao terreno loteado, a inscrição do loteamento e a averbação dos pré-contratos, e, para os negócios jurídicos previstos no art. 22 (Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0), a transcrição anterior e a inscrição dos pré-

contratos.

CAPÍTULO III

COMPRA-E-VENDA E PRÉ-CONTRATOS SÔBRE PRÉDIOS NÃO LOTEADOS

§ 1.434. Vendas a prestações

1.TERRENOS NÃO LOTEADOS (LOTEAMENTO NÃO INSCRITO.

(a) PRÉ-CONTRATOS. (b) FINANCIAMENTO. Antes de se regrar a Compra-e-venda e os pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos loteados seria metódico que a lei tratasse da Compra-e-venda e dos pré-contratos de Compra-e-venda dos bens imóveis (terrenos, ou prédios edificados). Isso, porém, não aconteceu. A Compra-evenda de terrenos inedificados e de terrenos edificados rege-se pelo direito comum. Quanto aos pré-contratos, o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, depois de ter lançado a sua concepção dos pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos em lotes, estendeu (ad. 22) a lei no tocante à eficácia dos pré-contratos aos pré-

contratos de Compra-e-venda de —imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações‖, *se averbados* (e, hoje, *inscritos).* Adiante, n. 2.

Assim, temos:

(a) Os efeitos dos pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos inedificados ou edificados, rurais ou urbanos, são, depois da inscrição, *mais* a averbação *"à* margem das respectivas transcrições aquisitivas‖, os mesmos dos pré-

contratos de Compra-e-venda de lotes e terrenos, se foi juridicizado, segundo o Decreto-Lei n. 58, o loteamento e averbados os respectivos pré-contratos. A *averbação* é no livro de *transcrições.*

(b)O regime especial de financiamento, com ou sem empreitada, que o legislador adotou para os loteamentos e as construções nos lotes, não se estende aos pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos não loteados, estejam eles, ou não, edificados.

2.O ART. 22 DO DECRETO-LEI N. 58 E O ART. 22 no DECRETO N.3.079. O art. 22 do Decreto-Lei n. 58

apenas enunciara:

—As escrituras de compromisso de Compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei‖. O Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, ad. 22, acrescentou, por sua conta: .... **.** compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral‖. se essa interpretação do Poder Executivo era de acolher-se, diremos depois, mais de espaço; porém adiantemos que sim. se é regra que coincide com a interpretação do Decreto-Lei n. 58,

está certo; e a solução seria a mesma *ainda* se o art. 22 do Decreto n. 8.079

nada dissesse ou dissesse o contrário. se não coincide com o que se extrai do Decreto-Lei n. 58, por impertinente haveriamos de ter o excesso ao art. 22, que o Poder Executivo pretendeu. A *inscrição* foi, depois, exigida.

Posteriormente, a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, deu ao art. 22 a seguinte redação: —Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de Compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponivel a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos térmos dos arts. 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil.‖ Note-se: a) que explicitamente se tira a eficácia especial se há cláusula de arrependimento; b) que se explicitou apanhar o art. 22 do Decreto-Lei n. 58, com a nova redação, os pré-contratos em que todo o preço foi pago, o que também era evidente antes da Lei n.

649; *c)* que se reincorreu no erro de terminologia, aludindo-se a direito real, em vez de a eficácia *erga omnes* e direito formativo segundo o ad. 16 do Decreto-Lei n. 58 e o art. 346 do Código de Processo Civil; *d)* que se riscaram os dizeres —compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral‖, que se haviam inserido no art. 22 do Decreto n. 3.079, de **15** de setembro de 1938. A alusão a arrependimento implicitamente o éao ad. 1.095, onde se cogita de arras dadas e de direito de arrependimento, a despeito delas *(arrha poenitentialis).* O arrependimento, aí, revoga (= retira a *voz),* com as conseqiiências do art. 1.095 (cp. Tomo III, § 343, 4, e o que se há de dizer a respeito do art. 1.095).

3.O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.088. Pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos, edificados ou não, eram e são permitidos pelo Código Civil, porque um dos mais delicados exemplares é o pré-contrato por falta da *forma* pública (ad. 1.088) : —Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 e 1.097‖. Mas a lei excluia a execução forçada da assinatura da escritura, isto é, da prestação consistente em declaração de vontade. Note-se bem: exclui-ao, no caso do ad. 1.088.

Restava saber-se se, feito por escritura pública, o pré-contrato podia ter a execução forçada quanto à declaração de vontade. Só no caso da forma deficiente (Código Civil, artigo 1.088), não no poderia. Os arts. 22 e 111, pr., e § 1»

derrogaram, *na sua matéria,* o art. 1.088.

4.LOTEAMENTO JURIDICIZADO. Quanto ao art. 11, pr., e § 1.0 do Decreto-Lei n. 58, o loteamento juridicizado, isto é, o loteamento registável e registado (inscrito) permite o pré-contrato, ainda com a forma não pública, quando a escritura pública se exigiria aos contratos de Compra-e-venda (terrenos de valor acima do limite legal, Código Civil, art. 134, II). A promessa de Compra-e-venda ou pré-contrato que satisfizesse todos os requisitos (pressupostos), inclusive o de forma, seria Compra-e-venda.

5.O ACRÉSCIMO DO DECRETO N. 3.079. Quanto ao artigo 22, que aparecia aumentado no Decreto n. 3.079, teve redação nova que lhe deu a Lei n. 649, de 11 de março de 1949: os pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos não loteados, isto é, de terrenos cuja formação não foi objeto do loteamento *juridicizado* do Decreto-Lei n. 58, cujo preço foi pago ou deva pagar-se a prazo *em uma ou mais prestações,* portanto, simplesmente, cujo preço deva pagar-se a prazo, podem ser *inscritos* e averbados à margem das transcrições respectivas e os efeitos são os dos arts. 5.º, 7º, **9º,** 1217, 21 <quanto ao pré-contrato somente), 2326, bem como os dos arts. 2.0 e 39 das Disposições Transitórias e o do art. 346 do Código de Processo Civil. (O que é relativo a empréstimo e empreitada não pode ser estendido ao que concerne aos pré-contratos de terrenos não loteados, porque só se falou, no art. 22, de pré-contratos, e não de contratos de financiamento.)

§ 1.435. Forma do pré-contrato, no ad. 22 do Decreto-Lei n. 58

1.FORMA E EFEITO. Sôbre a forma dos pré-contratos dos terrenos loteados e cuja inscrição se efetuou (juridicização do loteamento), fácil é responder-se, porque há textos explícitos (Decreto-Lei n. 58, art. 11). Porém a êsse art. 11 não alude o ad. 22 que trata dos pré-contratos de Compra-e-venda —de imóveis não loteados‖, cujo preço foi pago ou deva pagar-se a prazo. *Forma* não é *efeito; é* elemento do negócio jurídico: o ad. 22 só estende aos pré-contratos de Compra-e-venda de terrenos, cujo preço foi pago ou é a prazo, o registro e a

eficácia dos pré-

contratos de Compra-e-venda de terrenos loteados e inscritos. Explicitamente falou de inscrição e de ad. 16 do Decreto-Lei n. 58 ou ad. 346 do Código de Processo Civil.

Para que o ad. 22 não dispensasse a forma de escritura pública, o texto do Congresso Nacional, de que se aproveitou a ditadura de 1937, continha a exigência de ser pública a escritura do pré-contrato. Mas o Decreto-Lei n. 58 omitiu. Não para dispensa-la como pareceu aos comentadores *(e.* g., VAILDEMAR FERREIRA, *O*

Loteamento, 1, 249; SILVIO PEREIRA, *Imóveis a Prestações,* 148149); e sim porque já era o direito comum.

Apenas o Código Civil, ad. 1.088, em tais casos, permitia o arrependimento e, em consequência, excluia a ação executiva de prestação consistente na declaração de vontade. A Compra-e-venda, que devia ser por escritura pública e fora por instrumento particular, *valia,* isto é, não era nula, existia

§ 1.435. FORMA E DECRETO-LEI N. 58, ART. 22 e era válida; apenas se lhe cortava, com o ad. 1.088, a execução forçada da prestação de assinatura (declaração de vontade).

2.FONTE DO ART. 1.088. O CÓDIGO CIVL ARGENTINO. A fonte do art. 1.088 foram os arts. 1.980 e 1.931

do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS:

Art. 1.930: —Os contratos que, devendo ser feitos por escritura pública, forem feitos por instrumento particular assinado; ou que forem feitos por instrumento particular assinado, em que as partes se obriguem expressamente a reduzi-los a escritura pública; não ficarão concluidos como tais enquanto a escritura pública não for assinada; mas ficarão *conclui dos* como contratos em que as partes se têm obrigado a fazer escritura pública, se os instrumentos particulares tiverem sido judicialmente reconhecidos ou verificados.

—Procede esta disposição quando os instrumentos particulares forem minutas ou apontamentos do contrato, ou cartas missivas, contanto que estejam assinados‖.

Art. 1.931: —A obrigação produzida por esses contratos, assim feitos

por instrumento particular, será julgada como obrigação de fazer; e a parte remissa só poderá ser demandada pela outra para que outorgue e assine escritura pública, com a cominação de resolver-se a obrigação em perdas e interesses‖.

O Código Civil argentino, arts. 1.185 e 1.187, adotou as regras dos arts. 1.930 e 1.931 do *EsbOço* de TEIXEIRÁ

DE FREITAS, tirando-lhes cedas acrescências; e formulou a regra originalissima do ad. 1.188, que é o *pré-*

contrato de forma verbal: —Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público é particular fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para e] efecto designado en eI articulo anterior‖.

O Projeto primitivo (brasileiro), art. 1.224, já havia reduzido a excelente regra do *EsbOço,* tão adiantado em relação aos Códigos Civis europeus posteriores, à medíocre redação do atual ad. 1.088. Pode arrepender-se o pré-

contraente. Portanto, pode também não se arrepender e ser interpelado. Ou cumpre, ou presta perdas e danos.

3.INSTRUMENTO PARTICULAR SUFICIENTE. Qual o instrumento particular que *basta* para os pré-contratos a que se refere o art. 22, ainda com o acréscimo do Decreto n. 3.079, art. 22, *iii une?* A questão foi levantada por VALDEMAR FERREIRA *(O Loteamento,* 11, 248), que assimilou a forma dos pré-contratos do art. 22 à forma dos pré-contratos do art. 11:

—Os contratos, públicos e particulares, de compromisso de venda e compra de lotes de terras ou de terrenos carecem‖ (no sentido de *precisar)* —de ser averbados no registro especial, que se encontram o memorial, o plano e a planta da propriedade loteada. Mas, além de tudo isso, um contrato tipo de compromisso. Este, quando constante de escritura particular, carece, para ser averbado, de ser elaborado na presença de duas testemunhas, que assinem, com os contratantes, as duas vias do documento; e todas as firmas reconhecidas por tabelião. se assim é para a averbação dos escritos particulares de compromisso de venda de lotes, de outro modo não há de ser para os escritos particulares de compromisso de Compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações‖. Para isso recorreu à *analogia.* Mas a analogia só se recorre quando há falta de regra explícita. Ora, tais pré-contratos são regidos pelo Código Civil, uma vez que o Decreto-Lei n. 58, que é lei especial,

não os colheu em suas regras sôbre forma. O instrumento particular a que se refere, por exemplo, o art.

1.088 do Código Civil, é o instrumento. particular conforme o art. 135 do próprio Código Civil:

—O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor.

Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no registro público‖. No parágrafo único: —A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal‖. Naturalmente, o registo somente pode ser feito diante do instrumento ou de sentença passada em julgado que tenha tido por provada a perda do instrumento. Porém o oficial não pode recusar registro a promessas de Compra-e-venda de terrenos, não —loteados e inscritos‖, isto é, fora do Decreto-Lei n. 58, art. 1.0, se constam de instrumento particular na forma referida no art. 135 do Código Civil.

§ 1.436. Promessas de Compra-e-venda de bens imóveis em geral

1.O DECRETO N. 3.079, ART. 22, —IN FINE‖. CONCEITOS NÃO COEXTENSIVOS. O Decreto n. 3.079

acrescentou ao artigo 22 a parte em letra grifa que se segue: —As escrituras de compromisso de Compra-e-venda de imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, serão averbadas à margem das respectivas transcrições aquisitivas, para os efeitos desta lei, *compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral".* Não são coextensivos os conceitos: a) imóveis não loteados, cujo preço deva pagar-se a prazo; *b)* imóveis em geral. Posteriormente a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, deu outra redação, de que já se falou, ao art. 22 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937: —Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de Compra-e-venda de imóveis nãoloteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou de sêlo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponivel a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação campalsória nos termos dos arte. 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil‖.

Ora, ou o art. 22 do Decreto n. 8.079 estendeu a lei a todas as promessas de Compra-e-venda de imóveis, apagando o artigo 1.088 e tornando supérflua a limitação do art. 1.0 do Decreto-Lei n. 58 (e dele mesmo) aos lotes juridicizados; ou apenas tem por fito permitir o registro de quaisquer promessas de venda. A última solução é a que merece acolhida. O autor do Decreto n. 3.079 não tinha poderes legislativos, e sim só regulamentares. Não lhe era facultado derrogar o Código Civil nem o Decreto-Lei n. 58. Mas aquela mesma averbação sem a eficácia do Decreto-Lei n. 58 seria discutível, porque o Poder Executivo não tem competência para permitir entrada nos livros de registro, *matéria de lei.*

Tal o nosso direito comum.

O legislador de 1937 andou bem em retirar a alusão à escritura pública. Concedeu a averbação à margem das transcrições respectivas e conferiu-lhe a *eficácia* que apaga exatamente as limitações de eficácia que o art. 1.088

do Código Civil faz. Tal foi, rigorosamente, a função do art. 22 do Decreto-Lei nº. *58.*

2.AVERBAÇÃO, INSCRIÇÃO E TRANSCRIÇÃO. Os terrenos edificados ou não, regidos pelo art. 22 do Decreto-Lei n. 58, constam de transcrições no registro de imóveis. sem essas transcrições seria impossível a *averba ção.* Hoje, a formalidade registaria, para os contratos de terrenos não loteados é, a mais, a *inscrição* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, artigo 178, *a),* XIV).

CAPÍTULO IV

8.EFICÁCIA DECORRENTE DO REGISTRO seGUNDO O ART. 22, —IN PINE‖. Admitido que as promessas de Compra-e-venda os pré-contratos relativas a bens imóveis em geral fossem averbadas à margem das transcrições respectivas, a *eficácia* que daí decorreria seria igual à eficácia segundo o Decreto lei n. 58, que é, aliás, a *eficácia* peculiar ao registro: não poderia ser averbada outra promessa de Compra-e-venda ou pré contrato sem se ter cancelado a averbação anterior; o direito do pré-contraente comprador é oponivel a quem quer que sej a e torna *ineficazes* as alienações e onerações posteriores. O oficial do registro de imóveis, ao djr as certidões ao futuro adquirente do bem imóvel, seja o que consta da averbação, seja outrem, tinha de inserir a comunicação de conhecimento sâbre a

averbação, de modo que o adquirente, sendo outrem, não podia ignorar a *existência* da promessa de Compra-e-venda. Não há, porém, em texto de lei, regra que *impeça* a aquisição do bem imóvel sujeito ou nãosujeito ao Decreto-Lei n. 58, por outrem que a pessoa que consta pelo registro ter pré-

contrato. O art. 59 não pode ser invocado, porque somente ampare os lotes *inscritos,* com pré-contratos averbados, e os terrenos, edificados ou não, de que se fala no art. 22, e sim porque êsse~ e aqueles mesmos não são amparados, conforme veremos, com a *nulidade* ou *inexistência* das alienações e onerações futuras.

Ésse ponto é de tOda a relevância, porque vulgarmente se confundem, com prejuízo da doutrina e da justiça, a existência, a validade e a eficácia.

LOTEAMENTO, REGISTRO E JURIDICIZAÇÃO

§ 1.487. Operação de loteamento

1.PARCELAMENTO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONFIGURAÇÃO DAS TERRAS. Já foi dito, de passagem, que o terreno, embora tenha as três dimensões, se parcela pela simples linha que o corte, se somente por uma dimensão se une ao resto, ou pelas duas linhas, se por duas é que se une, ou por três linhas ou quatro se interior ao bloco primitivo. Em qualquer caso, o lote é sempre determinado pelas duas dimensões, pôsto que a coluna de espaço aéreo lhe seja parte integrante. Já dissemos também que aos proprietários e aos próprios possuidores é dado recortarem, como entendam, os seus terrenos, respeitada a legislação de direito público e as limitações de direito privado ao direito de propriedade e *à* faculdade de parcelamento dos prédios. É o princípio da livre configuração das terras. Os processos para essa operação de multiplicação dos bens fundiários são de escolha do proprietário. se, porém, o proprietário ou os comproprietários do terreno, ou proprietários dos terrenos juntos para a loteação, têm o propósito de tornar jurídico o loteamento, precisa êsse obedecer aos processos técnicos e satisfazer as exigências técnicas e legais (art. 1.0, II, *verbis* —com todos os requisitos técnicos e legais‖).

As exigências *técnicas* são as de uso da agrimensura *no momento da loteação;* e as exigências *legais,* as *do momento da inscrição.* De modo que, sobrevindo, por exemplo, ao loteamento regra de tamanho

mínimo dos lotes, o oficial do registro não pode proceder à inscrição sem que a nova exigência esteja satisfeita.

(Vai aqui, entre parênteses, que, a despeito das expressões —regulamentos‖, —regulamentares‖, com que se alude à legislação de direito administrativo, principalmente às posturas municipais, somente a *lei* nunca o decreto do Poder Executivo, seja federal, seja estadual, seja municipal, menos ainda as instruções, os avisos, as portarias pode *limitar* o conteúdo do direito de propriedade. Na vigência da Constituição de 1946, as próprias delegações legislativas são proibidas.)

2. DEPÓSITO. MEMORIAL. A juridicização do loteamento obtém-se pelo *depósito* de que trata o art. 19 do Decreto-Lei n. 58 e a *resolução de registro* por parte do oficial, ou do juiz competente, se aquele não procedeu à inscrição. A resolução do oficial é ato administrativo e a eficácia é a mesma da decisão do juiz mandamental. se houve cancelamento, ou se se anulou o registro, há eficácia constitutiva negativa.

A lei enumera, exaustivamente, os documentos necessários que hão de ser depositados no cartório de registro de imóveis.

Começa pelo memorial assinado pelo proprietário ou comproprietários do terreno, ou pelos proprietários, ou comproprietários dos terrenos que foram juntos para a operação de loteamento. Essa união de terrenos é negócio jurídico entre os donos deles, que não precisa de escritura pública e pode resultar do simples ato de loteação do todo, com o consentimento de todos os proprietários. A sua juridicização é completa desde o momento em que se leva a registro o loteamento feito, sem que os interessados na aquisição se tenham de preocupar com as relações entre Esses proprietários, se elas não constam, para efeito de pagamento e outras obrigações dos adquirentes, do memorial depositado. A inscrição, em tais casos, opera a *união juridica* dos terrenos e o seu *parcelamento juridico* como todo que passara a ser.

A lei permite que o proprietário ou proprietários que deveriam assinar o memorial constituam procuradores com poderes especiais para essa assinatura, para os deveres perante o Estado e as obrigações futuras com os adquirentes. Nenhum obstáculo existe a que um só procurador com poderes especiais corresponda a alguns proprietários ou a todos.

§ 1.437. OPERAÇÃO DE LOTEAMENTO

3.COMUNICAÇÕES DE FATO. **O** *memorial* tem de fazer as seguintes *comunicaçôes de fato: a)* qual a denominação do terreno loteado *(e.* g., engenho das Flexeiras, fazenda do Mundaú, sitio dos Frades); qual a área, segundo o sistema métrico decimal; quais os limites; qual a situação *(sitia)* e duais são os outros característicos do terreno, se os há; **lO** quais os títulos de domínio em ordem cronológica, desde trinta anos, com indicação da natureza *(e.* g., escritura particular ou pública registada, carta de arrematação ou sentença registada) qual o número e a data das transcrições; *c)* qual o plano do loteamento de que conste o programa de desenvolvimento urbano, ou de aproveitamento industrial ou agrícola com informes, nesses dois últimos casos, sôbre a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos, distância da sede do município e das estações de transporte de acesso mais fácil. Aliás, ainda no caso de loteamento de terrenos urbanos ou suburbanos, as informações sôbre servidões ativas e passivas têm tanta pertinência quanto em caso de terrenos rurais.

(O Decreto-Lei n. 58, art. 19, 1, *lO,* falou da relação cronológica dos títulos de domínio desde trinta anos. O

Decreto n. 3.079 reduziu-o a vinte anos, o que não podia fazer: decretos não revogam leis. Só lei poderia ou pode alterar o Decreto lei n. **58.** Nem a Lei n. 2.487, de 7 de março de 1955, o derrogou.) *4.* OUTROs DOCUMENTOS A SUEM DEPOSITADOS. Além do memorial, há outros documentos que têm de ser depositados. O primeiro deles é a *planta* do terreno, assinada pelo proprietário ou propriétários, ou seus procuradores com poderes especiais, e pelo engenheiro que haja efetuado **a** medição e o loteamento. Essa planta é *comunicação de* fato, que deve Satisfazer as exigências técnicas e legais, envolvendo a responsabilidade do proprietário ou dos proprietários loteadores e a do engenheiro como técnico.

O Decreto-Lei n. 58 requere que se contenham na planta indicações sôbre: a situação dos lotes, as dimensões e a numeração deles, as dimensões e nomenclatura <nomes ou números ou letras) das vias de comunicação, as dimensões e nomenclatura dos espaços livres, as construções e benfeitorias e as vias públicas de comunicação.

Quando a lei se refere a —dimensões e nomenclatura das vias de comunicação‖, é às vias *novas* que alude: essas vias podem já existir, desde muito, porém ainda não se tornaram públicas, ou porque já existissem como vias *particulares* constantes de indicações registadas, ou porque não constassem de registro. A destinação delas, com o plano do loteamento, pode ser particular ou pública, o que depende de ato administrativo. se as vias já eram públicas, não se precisa indicar a

dimensão: basta a denominação (art. 1.0, II, 2.~ parte, *verbis* —indicadas.., as vias públicas de comunicação‖).

5.A CADERNETA OU O MODÊLO DO PRÉ-CONTRATO. Terceira classe de documentos a serem depositados é a do exemplar da *caderneta* de pré-contrato, ou do *pré-contrato tipo.* Tal caderneta ou tal pré-contrato é apresentado como modêlo imodificável, ou com as indicações das partes modificáveis por simples cancelamento explícito de cláusulas. A lei não permite que se adotem muitos tipos de caderneta ou de pré-contrato, porque podem levar a confusões nos anúncios das ofertas, se bem que seja lícito, por exemplo, deixar-se em branco a indicação dos períodos de pagamentos ou mínimo de prestações. Porém a alusão a —exemplar de caderneta ou do contrato tipo‖. (art. l.~, III) não exclui que se adotem dois ou mais tipos, desde que sejam nítidas as diferenças e não induzam em erro os que aceitem as ofertas. A infirmação dos negócios jurídicos em que houve, a êsse respeito, simulação, ou se suscitou ou causou engano em outrem, rege-se pelo direito privado geral.

6.CERTIDIO SOBRE IMPOSTOS. Quarto documento, também êsse *comunicação de fato, é* a *certidão negativa de impostos devidos e de ônus reais* (art 19, IV); ou a *certidão positiva,* porquanto, logo adiante, estabeleceu o §

2.0: —As certidões positivas da existência de ônus reais, de impostos e de qualquer ação real ou pessoal, bem como qualquer protesto de titulo de dívida civil ou comercial, não impedem o regísto‖.

7.TITuLo DE DOMÍNIO E CERTIDÕES DAS TRANSCRIÇÕES. A última classe de documentos exigidos é a do art. 1.~, V, que se reporta a —certidão dos documentos referidos na letra *b* do n. 1‖. São eles: cópia autêntica dos títulos de domínio e certidão das transcrições.

8.O DECRETO-LEI N. 58, ART. 1.0, § 1.0. No § 1? do art. 1.0 estatu-se: —Tratando-se de propriedade urbana, o plano. e planta do loteamento devem ser prêviamente aprovados pela Prefeitura Municipal, ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares‖. As autoridades sanitárias de que se cogita no texto são as autoridades federais, estaduais e municipais, dentro das linhas da sua competência. Autoridades militares são, aí, as federais, ou as estaduais, segundo a legislação federal. O Decreto-Lei não inclui as autoridades encarregadas de zelar pelos monumentos históricos, obras de arte e belezas naturais; porém as leis especiais têm de ser

observadas se exigem aprovação~ prévia.

9. O ART. 1.0, § 2.0. Lê-se no § 2.0 do art. 1$: —As certidões positivas da existência de ônus reais, de impostos e de qualquer ação real ou pessoal, bem como qualquer protesto de título de dívida civil ou comercial, não impedem o registro‖. No art. 1.0, IV, diz-se que se tem de depositar no cartório do registro de imóveis da circunscrição

—certidão negativa de impostos e de ônus reais **.** *Quid iuris?* Ou a certidão negativa é necessária, ou não no é. O art.

1Y, § 2.0, exclui qualquer conseqllência *invalidante* ou *impediente,* pois que lá se explicita que —não impedem o registro‖. Acrescente-se que, no art. 12, ainda se adverte: —Subentende-se no contrato‖ (quis dizer —no pré-

contrato‖) a condição resolutiva da legitimidade ou validade do título de domínio. De modo que, se ônus real foi estabelecido pelo dono verdadeiro, o adquirente tem a seu favor a condição resolutiva. se foi ignorado pelo pré-

contraente ou contraente comprador, por ser falsa a certidão negativa, o pré-contraente ou contraente vendedor responde conforme o direito comum. Não há, a respeito do ônus real, a condição resolutiva do art. 12, que somente concerne ao domínio.

10.CERTIÃO E COMUNICAÇÕES. Resta o caso do depósito de todas as comunicações de fato e certidões de que trata o art. li‘, 1111 e V, excetuada, portanto, somente, a certidão negativa a que se refere o art. **1.0, IV. O**

oficial do registro não pode, com êsse pretexto, deixar de inscrever o loteamento, porque o art. 1.‘>, § 2.0, é claro.

Aliás, o § **3,0** explica: —se a propriedade estiver gravada de ônus real, o memorial será acompanhado de escritura pública em que o respectivo titular estipule as condições em que se obriga a liberar os lotes no ato do instrumento definitivo de Compra-e-venda‖. Donde se tira que ou se deposita a *certidão negativa* de que fala o art. 1.0, IV, ou se deposita a escritura pública (primeiro translado ou certidão) em que o credor do ánus real se obrigue a liberar os lotes no ato do instrumento definitivo de Compra-e-venda. Essa obrigação do credor não é obrigação de prestar declaração de vontade, mas apenas cláusula sôbre o modo, tempo e lugar do pagamento da dívida,

tornada, por força da escritura de que se cogita, *divisível.* A sutileza é assaz importante na prática, inclusive processualmente.

Adiante, o art. 16, § 59, estabelece que, —estando a propriedade hipotecada‖, desde que se cumprir o que se edicta no art. 1$, **§ 3□0,** —será o credor citado para‖, no caso de não haver providenciado o vendedor, *"autorizar* o cancelamento parcial da inscrição, quanto aos lotes‖ vendidos. Essa autorização só diz respeito ao cancelamento, às formalidades registárias; não é preciso que o credor preste declaração de vontade: êle é chamado, apenas, a cumprir a sua obrigação de colaborar na quitação. se o não faz, o pré-contraente *deposita* o dinheiro, conforme as regras de depósito em pagamento. Aliás, o próprio pré-contraente vendedor é legitimado ativo, processualmente, para essa ação de consignação em pagamento, se tem interesse nisso.

§ 1.488. Preparação do **terreno**

1.LEI SOBRE PREPARO DOS TERRENOS. As leis municipais e, por vêzes, as leis federais e as estaduais contêm normas para que os loteamentos obedeçam a certas medidas de confOrto, de urbanismo, de saúde e de estética. Crescem de ponto essas exigências quando existe plano urbanístico ou de florestamento.

O loteamento revela a procura ou o incitamento à procura de terrenos relativamente pequenos, que sirvam **à** habitação, ou à pequena lavoura, ou à criação. Dificilmente se conceberia loteação cômoda, sem arruamentos, aguada ou canalização de água, nivelamentos ou aterros, jardinagem, escoamento de águas pluviais, e estradas. Já aí intervém a legislação de direito público.

§ 1.489. COMPETÊNCIA PARA O REGISTRO

2. FINANCIAMENTO. Por outro lado, se o terreno, em si, é capital, os serviços de preparação exigem, por vêzes, maiores recursos, o que suscita ou a emprêsa que inverte capitais nesses serviços ou a busca de empréstimo ou empréstimos (financiamento>, com que se leve a cabo, em bases de eficiência e rentabilidade, o loteamento. Por isso mesmo, a Lei, ao disciplinar as promessas de Compra-e-venda de terrenos lotes, tratou do financiamento, tão ligado ao loteamento o considerou.

1.OFÍCIO DE IMÓVEIS COMPETENTE. No Decreto n. 8.079, o art. 2.0, § 6.0, acrescentou ao texto do Decreto-Lei n. **58:** —Quando a propriedade estiver situada em mais de um Município, ou Comarca, o registro far-se-á apenas onde se achar a maior porção de terras‖. No Código Civil, art. 831, a respeito de hipotecas o princípio é o da duplicidade ou multiplicidade de registros. —Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um‖.

O regulamento, que é o Decreto n. 3.079, não podia estabelecer a regra que adotara no art. 2.0 § *69, de lege ferenda.* inaceitável e contra o direito material, administrativo e civil; e o art. 179, parágrafo único, do Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1989, fêz timbre em desconhece-lo: —Em se tratando dê imóveis situados em comarcas ou circunscrições territoriais limítrofes, o registo deverá ser feito, em tOdas elas; o desmembramento territorial posterior não exige, porém, repetição do registro, já feito, no nOvo cartório‖. A regra vale para os imóveis sitos em dois ou mais Municípios, ou Estados membros, ou Territórios, ou em qualquer Estado membro e no Distrito Federal ou Território. Outrossim, para os imóveis unidos para loteamento, um dos quais ou alguns dos quais são situados em unidades diferentes.

Nos casos acima, há dois ou mais processos administrativos e, eventualmente, dois ou mais processos civis para o registro do imóvel ou dos imóveis.

2.NULIDADE DO REGISTRO. O registro de terreno que está situaçãao fora da circunscrição é *nulo.* Não é, porém, *inexistente.*

A invalidade é absoluta, de modo que a certidão negativa do cartório onde devia ser feito o registro é prova suficiente. se a zona é litigiosa, convém registar perante o oficial das duas ou mais unidades, mas o oficial da unidade que tem a —posse jurisdicional‖, conceito que se introduziu no direito brasileiro, tem-se sempre como competente; e vale o registro perante êle.

§ 1.440. Processo administrativo do registro

1..PRIMEIROS ATOS. O art. 2.0 do Decreto-Lei n. 53 ordenou: —Recebidos o memorial e os documentos mencionados no art. 1.0, o oficial do registro dará recibo ao depositante e, depois de autua-lo e verificar a sua conformidade com a lei, tornará público o depósito por edital afixado no lugar do costume e publicado três vêzes, durante 10 dias, no jornal oficial do Estado e em jornal da sede da comarca, ou que nesta circule‖. No § 1.0:

—Decorridos 30 dias da última publicação, e não havendo impugnação de terceiros, o oficial procederá ao registro se os documentos estiverem em ordem. Caso contrário, os autos serão desde logo conclusos ao juiz competente para conhecer da dúvida ou da impugnação; publicada a decisão em cartorio pelo oficial, que dará ciência aos interessados‖. O Decreto n. 3.079 passou para o § 2.0 o que era § 1.0 e intercalou como § 1.0 o seguinte, de ordem regulamentar e, pois, da competência do Poder Executivo: —O oficial fará essa verificação no prazo de dez dias e poderá exigir que o depositante ponha seus documentos em conformidade com a lei, concedendo-lhe, para isso, dez dias, no máximo. Não se conformando o depositante com a exigência do oficial, serão os autos conclusos ao juiz competente para decidir da exigência‖. Não é depois do edital que assim procede o oficial; é antes (ad. 2.0, pr., *verbis* —verificar a sua conformidade com a lei‖). A verificação depois do edital é imediata: ou êle regista, ou faz conclusos os autos ao juiz, com a dúvida.

2, INDAÇÃO. Os atos que se encadeiam até o registro <se não têm de

ser conclusos os autos ao juiz) são os seguintes:

a) apresentação do memorial e dos documentos, que são *comunicações de fato,* porém envolvidos pela *declaração de comunicação de vontade* de depósito de registro; 6) recibo que o oficial do registro entrega com a menção do que lhe foi apresentado, recibo que é *meio de prova; e)* autuação pelo oficial do registro, segundo as regras de autuação nos cartórios de registro; *d)* verificação, dentro de dez dias, de estar conforme a lei o que se apresentou, *ato de exame* em que o oficial do registro aplica, devendo exprimi-lo por escrito *(certidão),* a lei, *e ato de resolução administrativa,* que consiste em expedir, desde logo, ou não, o edital; *e)* eventualmente, *comunicação de Jato* de não estar conforme a lei o apresentado e de ter o apresentante dez dias (máximo) para satisfaze-la; se houve *e),* ato do apresentante, produzindo o que faltava ou corrigindo o senão, ou comunicação ainda pelo silêncio de que não se conforma com a exigência; *g)* se o apresentante não se conformou, isto é, não satisfez a exigência do oficial, conclusão ao juiz, ato de devolução em que cessa toda a competência do oficial do registro para resolver por si; h) se não houve *e),* **1)** e g), ou se o apresentante satisfaz a exigência, expedição do edital pelo oficial do registro; *i)* publicação do edital, durante

os dez dias; j) juntada do edital; *k)* eventualmente, se terceiro impugnou, juntada da impugnação e certidão do ocorrido, conclusão ao juiz, abrindo-se o período do processo civil, depois de decorrido o prazo dos trinta dias, que se deve certificar; 1) se não houve impugnação, certidão disso, por ocasião de certificar a terminação do prazo; *m)* registro do memorial, se ocorreu *1);* ii) lavratura do *termo de depósito* nos próprios autos, com indicação da data do registro, do número do registro, da fôlha do livro; *o)* permissão contínua, inexceptuável, de exame pelos interessados.

3. ENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS. Qualquer documento, ou comunicação de vontade, ou ofício, que tenha de constar dos autos, somente pode ser entranhado neles mediante *juntada.* Tudo que ocorra tem de ser *certificado.*

4. PRAZO DE TRINTA DIAS. Decorridos trinta dias da última publicação, e não havendo impugnação de terceiros, o oficial regista o loteamento, se os documentos estiverem em ordem, isto é, de acôrdo com a lei. É a segunda vez que lhe cabe examinar a observância da lei: pode, por isso mesmo, achar que errou na primeira apreciação.

Tudo se passa, então, como se desde logo o oficial levantasse a dúvida.

5. SUSCITAMENTO DE DUVIDA. Pode o oficial suscitar a dúvida: a) no período decendial, que começa com o recebimento do memorial e documentos de que trata o art. 2.0, § 1< do Decreto n. 3.079; *b)* no período trintidial do

§ 2.0 do citado art. 2.0, a contar da publicação do edital. O oficial apenas verifica se o memorial e os documentos apresentados estão de —conformidade com a lei‖ (Decreto n. 3.079, art. 2.0), sem entrar em indagações de fato, salvo autenticidade de documentos; em todo caso, deve ter em vista a segurança dos futuros adquirentes dos lotes (cp. VALDEMAR FERREIRA, *O Loteamento.* 1, 114). O levantamento da dúvida *é dever do oficial do registro.*

§ 1.441. Edital para o registro

1.CONTEÚDO DO EDITAL. O edital com que se faz a publicidade do registro é ato de direito administrativo, e não de processo civil. O acréscimo que o Decreto n. 3.079 entendeu colocar no fim do art. 2.0 do Decreto-Lei n. 58

podia ser obra de regulamento: —O edital conterá, sucintamente, os dados necessários à configuração do imóvel‖. A publicidade é assegurada pelo registro; mas, a respeito de alguns negócios jurídicos, as leis empregam o edital, que ora é comunicação de fato, ora chamamento, ora comunicação de vontade, para que antes do registro possam os interessados apresentar argúições contra êle. Na espécie do art. 2.0, o edital é *comunicação de fato:* dele consta qual o oficial de registro a quem foram entregues memorial e documentos para depósito e ulterior registro; individuaçâo dos proprietários do terreno ou terrenos; denominação, área, limites, situação e outras características do imóvel; número e data da transcrição do título do imóvel, informe sôbre a intenção de loteamento e venda por oferta ao público; *dies a qua* e *dies ad quem* do prazo para as impugnações.

2. CORREÇÕES. O edital que contém erros de cópia ou (te extrato tem de ser republicado com as correções, não se contando o tempo em que se fêz a publicação incorreta.

§ 1.442. Processo civil do registro

1.IMPUGNAÇÂO. —Quando terceiro impugnar o registro de imóvel loteado para a venda em prestações, ou quando o oficial tiver dúvida em registá-lo‖, diz o Código de Processo Civil, art. 345, —os autos serão conclusos ao juiz competente para conhecer da impugnação ou dúvida‖. Confira-se o Decreto-Lei n. 58, art. 2.0, § 1.0. No § 1.0

do art. 845 esclarece-se que:

—A impugnação não fundada em direito real comprovado será rejeitada *in limine".* No § 2.0: —se a impugnação for acompanhada de prova de direito real, o juiz dará vista ao impugnado pelo prazo de cinco dias, findo o qual proferirá a decisão, que será publicada pelo oficial, em cartório, para ciência dos interessados‖. No **§ 3.0:** —Em caso de dúvida manifestada pelo oficial, o juiz poderá ouvir quem promoveu o registro‖.

2.FUNDADA EM DIREITO REAL. A primeira espécie do Código de Processo Civil, art. 345, é a do terceiro que, tendo *impugnação* fundada em direito real, se opõe ao registro de loteamento. Supõese que o imóvel esteja registado. O registro do imóvel, a que se opõe, é o registro, *posterior,* da loteação. A especialidade do processo foi regulada pelo art. 845, e não exclui a discussão em processo ordinário, ou outro, em ação reivindicatória ou possessória, ou outra ação, entre o que impugna sem ter —direito real devidamente comprovado‖ (Decreto n. 8.079, art. 2.0, § 3.0) e o que pediu o registro do prédio loteado. Havendo a impugnação, os autos são conclusos pelo oficial do registro ao juiz competente para que dela conheça. Tratase de ação do *unus ex publico* contra o registro que se pediu. Ação que nega o pedido constitutivo, porém *prêviamente.* A natureza da ocorrência faz nascer a *relação juridica processual,* em ângulo, pois a presença do juiz, em nome do Estado, para prometer a prestação jurisdicional, foi suscitada mediatamente pela presença do pedido administrativo de inscrição, por parte do loteador, e imediatamente, não pela *dúvida* do oficial do registro, que aí seria comunicação de vontade contrária à do loteador que pediu o registro, mas sim pela impugnação do terceiro.

8.DÚVIDA, seM TER HAVIDO IMPUGNAÇÃO. A segunda espécie do art. 845 é a de *dúvida do oficial,* não tendo havido impugnação. Aliás, nada obsta a que concorram os dois pressupostos objetivos de conclusão ao juiz, pelos mesmos ou diferentes fundamentos. Num e noutro caso do art. 845, a sentença do juiz é *sentença mandamental*

(nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* III, sob o art. 345), de efeito constitutivo.

4.REJEIÇÃO —IN LIMINE‖. Rejeitada *in limine* a impugnação, resta ao impugnante a ação própria para obstar àalienação do imóvel loteado, ação de reivindicação, ou ação de posse, ou a própria ação decorrente de compra de lote em loteamento anterior. Não rejeitada *in limine,* tem o impugnado o prazo do art. 2.0, § 2.0, para falar.

Proferida a sentença, publicase em cartório; e entende o Código de Processo Civil, como, aliás, o Decreto-Lei n.

58, que isso basta à ciência dos interessados. Não há grande inconvemente porque o depósito foi largamente publicado e o impugnante deve estar atento. O prazo para a interposição do recurso começa a correr da data da publicação.

5. PROVAS. No caso de *dúvida* manifestada pelo oficial, de que antes se tratou, pode o juiz ouvir quem promoveu o registro (depoimento pessoal). No caso de *impugnação,* cabem lhes os poderes do art. 118 do Código de Processo Civil. Na sentença é lhe facultado repelir o ato simulado ou a fraude à lei (Código de Processo Civil, art. 115).

6. RECURSOS. No Decreto-Lei n. 58, art. 2.0, § 2.0, que foi repetido no § 52 do art. 2.0 do Decreto n. 3.079, diziase:

—Da decisão que negar ou conceder o registro caberá agravo de petição‖. Sobreveio o Código de Processo Civil, arts. 820 e 842, 1.

Hoje, cumpre distinguir: *a)* a sentença que decide se procede, ou não, a *impugnação* do art. 845, 4~a parte; *b)* a sentença que julga procedente a *dúvida* do oficial do registro (art. 845, □

2 a parte) ; *c)* a sentença que rejeita,

liminarmente, a *impugnação* (art. 345, § 1.0) ; *d)* a sentença que rejeita a *impugnação* sem lhe entrar no mérito, desde que importe em terminação do processo. Nos casos das letras *a)* e *b),* o recurso é o de *apelação,* com fundamento no art. 820. No caso da letra *e),* o de *agravo de instrumento,* invocando-se o art. 842, 1. No caso da letra *d),* o agravo de petição, em virtude do princípio geral do art. 846. sem razão, M. M. DE seRPA LOPES

(Tratado dos Registros Públicos, III, 73), que entendia em vigor o art. *2.0,* § 52, do Decreto n. 3.079, invocando o art. 842, que interpretou de modo impróprio, J. M. CARVALHO SANTOS *(Código de Processo Civil,* IV, 78) e DE PLÁCIDO E SILVA *(Comentários,* 1, 840).

O Decreto n. 3.079 somente persiste na parte de direito material não revogada pelo Código de Processo Civil e nas regras de formalidades do registro (direito administrativo). Quanto ao direito processual, está completamente substituído. Lendo-se o acórdão da lª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 18 de janeiro de 1941 *(R.F.,* 87, 170), é preciso atender-se a que os juizes não entraram na distinção que acima fizemos; apenas responderam que a lei anterior é inaplicável.

7.QUESTÃO SÓBRE O PRESSUPOSTO DE se TRATAR DE DIREITO REAL. Da comparação dos §§ 2.0 e 1.0

do ad. 345 do Código de Processo Civil tirase que, se a impugnação não foi acompanhada da prova de direito real, é de ser rejeitada liminarmente. Uma das questões processuais consiste em se saber se a exigência *é pressuposto processual objetivo (a),* ou *subjetivo (b),* ou duplo, *subjetivo* e *objetivo (e).*

Com a solução *(a),* está SILVIO PEREIRA *(imóveis a. Prestações,* 74). porém não é certo que tal opinião implique, como pareceu a LUIS MACHADO GUIMARÃES *(Comentários,* IV, 483), transformar-se a impugnação em ação popular. Não nos repugnaria que se lhe desse, *de lege fererda,* êsse caráter; porém, no sistema do Código de Processo Civil, a exigência do interesse circunscreve o âmbito da ação, e não se pode negar que a pretensão exista no caso, por exemplo, do locatário de terceiro, que se disse dono do terreno (e talvez se haja mancomunado com o promovente do registro). Com a solução (lO, **MÁRIO** DE Assís MOURA *(Vendas de Terras em Lotes,* 148). O impugnante teria de ser titular de direito real e possuir provas que tivessem valor tal que se não pudesse fazer o registe. Com a solução (e), M. M. DE seRPA LOPES *(Tratado,* III, 82), e Luís MACHADO

GUIMARÂES *(Comentários,* IV, 484). Em nenhum dos preceitos das leis sôbre o registro ou do Código de Processo Civil, há texto que permita entender-se a prova do direito real como *pressuposto subjetivo.* O sistema do Código é o de serem legitimados *à* ação *todos os que tem interesse.* O que importa é a existência da pretensão à sentença de mandamento.

Qualquer pessoa, que tenha interesse (art. 2.0) e possa provar que êsse

interesse se liga à existência de situação de direito das coisas incompatível com o registro que se pede, tem *pretensão* suficiente e *ação:* pode exigir que não se proceda ao registro. É preciso ler-se a lei processual segundo os princípios de interpretacão do direito processual.

Principalmente, atender-se à diferença entre *pretensão à tutela jurídica* e *direito invocado.*

A pretensão à tutela jurídica é pré-processual e o exercicio dela faz o processo. O direito invocado é a *res in iudiciun; deducta;* portanto de direito material.

8.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 345, §§ 1.0 E 21‘ Liase no art. 2.0, § 32, do Decreto n. 3.079, a seguinte regra que não estava no Decreto-Lei n. 58: —será rejeitada *in limine,* remetendo-se o impugnante para o juízo contencioso **(?),** a impugnação que não vier fundada num direito real devidamente comprovado de acôrdo com a legislação em vigor‖.

O Decreto n. 3.079 não podia redigir essa norma de direito material (não ação) e de direito processual (não cognição pelo juiz). Era contrária ao Decreto-Lei n. 58, que se formulou com o propósito de limpar o registro, sem quaisquer dúvidas futuras, se *evitáveis.* O escalracho desgraça, fàcilmente, o jardim.

O Código de Processo Civil, que foi Decreto-Lei, tornou lei a regra, repetindo-a no art. 845, §§ 1.0 e 2.0.

Temos, pois, que, se o interesse não se enraíza em direito real, que se comprove, é posta de lado a impugnação, por ser impróprio o rito processual.

No Decreto n. **8.079,** art. 2.0, § **4~0,** também vinha a regra processual seguinte, estranha ao Decreto-Lei n. 58 e ora reproduzida no art. 345, § 2.0, do Código de Processo Civil:

—Estando devidamente fundamentadas as impugnações ou a dúvida, o juiz mandará dar vista ao impugnado pelo prazo dê *5* dias, findo o qual proferirá a decisão, que será publicada em cartório, pelo oficial, para ciência dos interessados‖. O Código de Processo Civil, art. 345, § 2.0, reproduziu-o com a referência expressa ao —direito real‖

alegado pelo impugnante.

A jurisprudência que negava aos pré-contraentes compradores a ação do art. 846 é, hoje, obsoleta *(e.* ri., 3~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de setembro de 1949, *R. dos* 7., 182, 714), porque, se tivesse sido admissível, foi posta de lado, explicitamente, pela Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0, que deu nova redação ao art. 22 do Decreto-Lei n. 58. Aliás, havia decisões que já estendiam aos pré-contratos de compra de imóveis não loteados a ação adjudicatória do art. 16 do Decreto-Lei n. 58 e art. 346 do Código de Processo Civil *(e. g.,* Juízo ~e Direito de São José dos Campos, 2 de agôsto de 1946, *1?. F.,* 115, 555).

~ Qual a força da sentença que acolheu a impugnação fundada em direito real? Não é a de coisa julgada material sôbre o direito real, e isso já nos serve de aviso quanto a querermos que atue *noutro* processo, entre partes. Não é constitutiva negativa: nada se constitui com ela, nem a favor, nem contra o recorrente. sendo mandamental a sentença que acolhe o recurso do que pediu o registro, a sentença contrária apenas nega o mandamento pedido: a sua declaratividade é limitada a êsse ponto, ao *mandado* ao oficial, que se deixa de conceder. Daí poder a mesma matéria ser examinada noutro processo, de modo a ser destruído, então, o fundamento da impugnação.

A ação do art. 16 do Decreto-Lei n. 58 ou do ad. 846 do Código de Processo Civil é apenas ação que se subsume na classe de ações de que tratam as regras jurídicas o ad. 1.006 e § 2.0, do Código de Processo Civil. A carga de eficácia das ações dos arts. 846 e 1.006, § 2.0, é a mesma; só o rito é diferente.

A ação do art. 1.006, § 23‘, do Código de Processo Civil é ação executiva, e não çominatória; não se confunde com a ação cominatória por obrigação de fazer, regulada nos arts. 302, XII, e 303 do Código de Processo Civil. Na ação do art. 1.006, § 2.~, em relação à ação do art. 1.006, porque há *salto* nas execuções: enquanto, na ação do art.

1.006, se condena e executa a obrigação de contratar, na ação do art. 1.006, § 2.0, condena-se e executa-se a obrigação de contratar e manda-se executar a obrigação que se originaria do contrato (= artigo 1006 A arts.

9981.005 e 1.007 do Código de Processo Civil).

CAPITULO V

EXERCICIO DA PRETENSÃO AO REGISTRO

§ 1.443. Memorial e documentos

1.PRETENSÃO A REGISTAR. A pretensão a registar é pretensão que tem como fundamento a propriedade, porém que nasce do direito subjetivo à publicidade para os efeitos do Decreto-Lei n. 58. Não é efeito imediato do direito de propriedade senão por ser êsse um dos pressupostos, tanto assim que outro pressuposto é a aprovação pela Prefeitura Municipal e pelas mais autoridades que no caso devem intervir.

2.CONSTITUIÇÃO DO REGISTRO. LEGITIMAÇÃO. A pretensão é à *constituição da registro,* que não é simples inscrição automática no livro, nem simples averbação. Essa eficácia constitutiva positiva se soma à eficácia normal da propriedade, para que se estabeleça a incidência da legislação especial. *De iure condendo,* já vimos que se poderiam dar outras soluções ao problema de técnica legislativa. *De iure condito,* a lei brasileira escolheu a da diferenciação entre a *transcrição* do imóvel, a *averbação* de ocorrências e a *inscrição:* entendeu-se que seria melhor o registro em livro especial, por inscrição; portanto, diferenciação quanto às outras formas de registro (transcrição, averbação) e quanto à inscrição dos direitos reais, inclusive de garantia, que têm de ser inscritos.

Foi dito que os *legitimados ativos* são o proprietário do terreno, ou os proprietários *pra diviso* dos terrenos juntos, ainda que se não tenha dado, juridicamente, a união de terrenos, de que surgiria terreno *nocivo* ou, ainda, os proprietários do mesmo terreno ou condôminos de cada um dos terrenos. É assim que se há de entender o art. 1.0:

—Os proprietários, ou coproprietários de terras rurais ou terrenos urbanos, que pretendam vende-los, divididos em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo em prestações sucessivas e periódicas, são obrigados, antes de anunciar a venda, a depositar no cartório do registro de imóveis da circunscrição respectiva: 1.

Um memorial, por eles assinado ou por procuradores, com poderes especiais, contendo: *a)* denominação, área, limites, situação e outros característicos do imóvel; *b)* relação cronológica dos títulos de domínio, desde 30 anos, com indicação da natureza e data de cada

um, e do número e data das transcrições, ou cópia autêntica dos títulos e prova de que se acham devidamente transcritos; o) plano de loteamento, de que conste o programa de desenvolvimento urbano, ou de aproveitamento industrial ou agrícola; nesta última hipótese, informações sôbre a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos, distância da sede do município e das estações de transporte de acesso mais fácil; II. Planta do imóvel, assinada também pelo engenheiro que haja efetuado a medição e o loteamento e com todos os requisitos técnicos e legais; indicadas a situação, as dimensões e a numeração dos lotes, as dimensões e nomenclatura das vias de comunicação e espaços livres, as construções e as benfeitorias, e as vias públicas de comunicação; III. Exemplar de caderneta ou de contrato tipo de compromisso de venda de lotes;

IV. Certidão negativa de impostos e de ônus reais; V. Certidão dos documentos referidos na letra *b* do n. 1‖.

Oart. 1.0 do Decreto-Lei n. 58 <repetido no art. 1.~ do Decreto n. 3.079) somente permite a promoção do loteamento para a eficácia prevista no Decreto-Lei n. 58, tratando-se de proprietários ou comproprietários das terras, O titular de direito oriundo de pré-contrato de Compra-e-venda das terras ou do direito de opção não pode obter a inscrição do loteamento. O loteamento não é ato de disposição; de modo que pode promove-lo o chefe da sociedade conjugal. Para o pré-contrato ou o contrato de Compra-e-venda dos lotes é que é preciso que assinta o outro cônjuge, não meeiro, ou consinta o cônjuge meeiro. A falta, ali, é causa de anulabilidade; aqui, seria causa

§ 1.443. MEMORIAL E DOCUMENTOS

65

de anulabilidade e ineficácia quanto à parte do disponente e quanto à do outro cônjuge, respectivamente. se a terra loteada pertencia a ambos, a chamada outorga uxória é consentimento, porque o bem é comum e não pode ser transferida a compropriedade sem que os dois consintam.

Tratando-se de pessoa jurídica, o loteamento pode ser promovido pelo órgão, segundo os estatutos e a lei, ou por pessoa que tenha poder de representação da pessoa jurídica, ou do órgão, permitindo-o os estatutos.

se há condomínio, a inscrição do loteamento somente pode ser

promovida por todos os condôminos, salvo se tal poder de promoção foi incluído nos poderes do administrador do condomínio, o que envolve questão de interpretação do ato constitutivo ou de posterior deliberação. A opinião que permitia ao condômino obter a inscrição do loteamento teve de ser repelida (3.a Câmara Civil, do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de abril de 1943, *R. dos T.,* 147, 188; antes, a 5□a Câmara Civil, a 23 de março de 1939, 120, 520, e a 2.~ Câmara Civil, a 27 de março de 1939, 120, 521 s.)

O enfiteuta não pode lotear o bem enfitéutico. A opinião de 1!. M. DE seRPA LOPES *(Tratado dos Registros Públicos,* III, 56), que admitiu o loteamento e a alienação dos lotes sem assentimento do senhorio, e a de WILSON

DE SOnSA C. BATALHA *(Loteamentos e Condominios,* 1, 280), que admitiu o loteamento pelo enfiteuta e não admitiu a alienação sem Qssentimento do senhorio, são insustentáveis por irem, de frente, contra letra da lei (Código Civil, art. 681: —Os bens enfitêuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida para os bens alodiais neste Código, arts. 1.608 a 1.619; mas não podem ser dívídídos em glebas sem consentimento do senhorio‖, texto em que —alodiais‖ está em sentido de —livres‖ e, em vez de —assentimento‖, se fala de consentimento). A regra jurídica do art. 681, 2.~ parte, vem das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Tftulo 77, §§ 1 e 2 (Ordenações Manuelinas, Livro IV, Titulo 62, §§ 1 e 2; Ordenações Pilipinas, Livro IV, Título 86, §§ 1 e *2). É* verdade que LAPAIETE RODRIGTJES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 417, nota 6) afirmou estar em vigor no Brasil o costume de Entre Minho e Douro, a que aludiu MELO FREIRE *(Institutiones,* III, 144), de nos inventários e partilhas se dividirem por glebas os prazos; mas, com isso, não disse que se dispensasse o assentimento dos senhorios.

3. DESCRIÇÀO. O Decreto n. 3.079 falou de —descrição minuciosa da propriedade loteada da qual conste‖ o que o art. 19, 1, a), do Decreto-Lei n. 58 exigira. se bem que nome e limites não sejam descrição, área, situação e outras características o são, de modo que apenas foi mais explícito o Decreto n~ 3.079.

A área, limites e situação muito importam, por serem dados quantitativos.

4. RELAÇÃO CRONOLÓGICA DOS TÍTULOS. Quanto à relação cronológica dos títulos, o Decreto n. 3.079

tomou atitude, cuja sem cerimônia com a lei espantaria os que não estivessem acostumados com o desrespeito do govêrno de 19371945 aos próprios atos: em vez de trinta anos, pês —20 anos‖. Adiante, no mesmo art. 1.~, 1, *1i9,* intercalou a palavra —certidão‖, como se memorial pudesse conter certidão: memorial contém descrição, delimitação, indicações de títulos, planos e plantas, tal como se lê no Decreto-Lei n. 5S. Não contém *certidão.* Foi por isso mesmo que o Decreto-Lei n. 58 se referiu, em lugar especial no art. 1.'~,V *à* certidão dos documentos referidos na letra *b* do n. 1‖. Não só: o Decreto n. 3.079 acrescentou ao inciso 1, *b) :* —. . . salvo quanto aos títulos que, anteriormente ao Código Civil, não estavam sujeitos à transcrição‖.

No tocante à mudança de trinta para vinte anos, o legislador, usando somente da competência que lhe dava o art.

74, *a),* da Constituição de 1937, não podia faze-la. O legislador do Decreto-Lei n. 58 usara da competência atribuida pelo art. 180 da carta da ditadura. Os registros sem memorial com a indicação dos títulos de domínio, desde trinta anos atrás, são anuláveis, bem assim aqueles em que os memoriais os indiquem, porém não tenha o interessado ou não tenham os interessados *junto* as certidões respectivas. se êsse registro perdurou, sem ser negativamente desconstituído (anulado), mais de dez anos após fazer-se, somente tendo sido satisfeitos os pressupostos das indicações e das certidões relativas a vinte anos, dá-se a *convalescença* (não se confunda com a *conservação,* a *comersão* ou a *convalidação), à* semelhança do que ocorre com o casamento nulo do art. 208 do Código Civil (Tomos IV, § 887, 1, e VII, §§ 806, 1, e **811, 1).**

Certidão não é parte de memorial; memorial pode ser acompanhado de certidão, ou acompanha-la. seria imaginável que se exigisse de algum funcionário público, que passe certidões, ao se ter de enviar ou apresentar memorial, certificar, ou atestar, no corpo do memorial; mas seria isso de toda excepcional, e não teria sentido, tratando-se de memorial apresentado pela parte.

No que se refere ao aumento .... salvo quanto aos títulos que, anteriormente ao Código Civil, não estavam sujeitos àtranscrição‖, o Decreto-Lei n. 58, que foi obra de 1987, encontrara propriedades que não dependeram de transcrição para se transferirem: aquelas cujas transferências se operaram *antes* do Código Civil, isto é, antes de 1.0 de janeiro de 1917. A legislação de registros edictada em 1924 <Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924) não cogitara das transferências passadas, porém o Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, no

art. 234, ao estatuir que se não poderia fazer qualquer registro —sem prévio registro do título anterior‖, acrescentou: *"salvo se êste mio estivesse sujeito a registro". A* jurisprudência firmou-se nesse sentido. Parece a muitos absurdo, *de lege ferenda,* que se exigisse a transcrição de tais títulos; não no era. A transferência, certamente já se havia operado, mas a transferência não era toda a eficácia do registro. O legislador de direito intertemporal ou exigiria, para eficácia posterior à transferência *(e. g.,* nova transferência>, o registro do titulo anterior ao Código Civil, que, sem registro, transferira a propriedade, ou dispensaria o registro, após 1917, dos títulos anteriores, devendo transcrever-se a nova transferência a despeito de faltarem as indicações e certidão do registro, que não existia, das transferências anteriores a 1917. O problema de técnica legislativa, mais político do que jurídico, permitia uma das duas soluções, ou toda a escala das soluções intermédias entre as duas res. postas extremas. Não era problema nôvo.

A afirmação de que, a *priori,* a exigência de transcrição~, ou de inscrição, ou de averbação, não deve incidir sôbre os atos jurídicos anteriores, é demasiado larga: a legislação nova não deve, *de jure condendo,* incidir nos negócios jurídicos antena.

§ 1.443. MEMORIAL E DOCUMENTOS

No caso, por exemplo, das hipotecas, ao vir lei nova, não é verdade que a exigência de serem inscritas, se antes não tinham de ser, de maneira nenhuma viola o princípio de proteção dos direitos adquiridos. O credor hipotecário adquiriu direitos à eficácia da hipoteca, e ninguém Ihes nega; tem o seu direito real; mas, se sobrevém lei que exija o registro, cabe-lhe requere-lo ou promove-lo, sob pena de em virtude da sua falta vê-lo privado da eficácia que está, agora, sujeita a exigência nova, de cujo cumprimento, deixado ao seu alcance, depende a sorte *futura.* dos efeitos reais. Nada se atinge quanto ao passado; só se atinge a eficácia, quando muito, *desde o presente.*

A Lei francesa do 11 do brumário do ano VII, art. 37, deu prazo de três meses, a contar da publicação da lei, aos credores anteriores, para a inscrição, dependendo de tal observância a conservação do seu número de ordem. Leis posteriores (16 do pluvioso e 17 dor germinal> elevaram o prazo para sete meses. Medidas políticas. Não há, aí, ofensa a direito adquirido, nem a ato jurídico perfeito; nem retroatividade. Só se regia *in futururn.*

O Decreto n. 482, de 14 de novembro de 1864, que regulamentou a Lei n. 317, de 21 de outubro de 1843, foi claro no art. 14: —Depois da instalação do Registro das hipotecas, em qualquer comarca, os efeitos legais das hipotecas dos bens nela situados só começarão a existir da data do registro das mesmas hipotecas‖. E no art. 16: —As inscrições das hipotecas anteriores à instalação do Registro serão feitas em livro distinto e separado daquele em que se fizeram as anteriores, porém com as mesmas formalidades‖. Os legisladores de 18431844 e de 1864 sabiam que o registro concerne à *eficácia.*

A Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, que reformou, no Brasil, o registro das hipotecas, seguiu a solução mais simples (art. 15) : —O Govêrno determinará a forma e o prazo dentro do qual, sob pena de não valerem contra terceiros, de. vem as partes: § 1.~ Inscrever e especializar as hipotecas gerais e sôbre bens futuros. § 2$ Inscrever as hipotecas privilegiadas conforme a legislação atual, e celebradas antes desta Lei, as quais ficam em vigor até a sua solução‖.

Ao Decreto n. 1691, de 19 de janeiro de 1890, e ao Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, o problema não se apresentara com a mesma relevância, porque já havia o registro segundo a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864.

Não seria nada absurdo ter-se exigido aos adquirentes por títulos não registados, que os registassem, tal como se passara com as hipotecas. É de admitir-se que os comentadores do Decreto-Lei n. 58 e do Decreto n. 3.079 não houvessem visto a identidade de espécie. *De lege ferenda,* seria, até, o melhor.

O Decreto n. 3.079 *interpretou* que seria dispensável a transcrição; e a jurisprudência aceitou-o. Mas ~,qual o título? Obtenham-se sentença em ação declaratória e transcrição.

5. SITUAÇÃO E NÚMERO. Ainda a respeito do art. 1.0, o Decreto n. 3.079, ao falar da planta do imóvel, e de deverem ser indicadas a situação e a numeração dos lotes, acrescentou~ interpretativamente, e bem: —as dimensões‖. Aliás, toda planta de imóvel loteado tem a sua escala e, pois, as dimensões dos lotes.

6. AÇÕES REAIS E PESSOAIS. O Decreto n. 3.079 intercalou entre o inciso IV do Decreto-Lei n. 58 e o inciso V, que passou a ser VI, o seguinte inciso V: —Certidão referente a ação real ou pessoal, relativa a um período de 10

anos, ou a protesto de dívida civil e comercial dentro de 5 anos‖. No § 29 do ad. 1.0 do Decreto-Lei n. 58 falouse das ações e do protesto para se dizer que —as certidões positivas da existência de ônus reais, de impostos e de qualquer ação real ou pessoal, bem como qualquer protesto de título de dívida civil ou comercial, não impedem o registro‖. O Decreto n. 3.079 que restaurou o omitido inciso do Projeto da Comissão de Constituição e Justiça *(Diário do Poder Legislativo,* 12 de setembro de 1936, 16.919; 21 e 23 de outubro, 19.467 e 19.628) fixou Esses dez e Esses cinco anos, como se fosse lei ou Decreto-Lei, mas sem impediência do registro em caso da certidão positiva (excluiu-se o adjetivo —negativa‖). Tal como se acha, as certidões são apenas infartívas e os créditos anteriores, os ônus reais, etc., têm a sua eficácia enquanto se não extinguirem segundo os seus princípios jurídicos respectivos.

Tudo isso está perfeitamente admissível. A lei considerou o registro como relativo à *eficácia.,* e andou bem; seria demasiado forte conceitua-lo como em plano de *existência* ou de *validade* dos negócios jurídicos. Não só era aconselhável tal atitude, no plano da política legislativa como também no da dogmática jurídica. Evita-se, com ela, que se tenham por inexistentes, ou por inválidas (nulas ou anuláveis) inscrições de terrenos a respeito dos quais há ação real ou pessoal, ou ônus real, como também preparou o sistema da lei para conceber a averbação dos pré-

contratos somente como em plano de *eficácia.* Tal consistência das regras de uma lei, ou outro texto, é uma das qualidades mais preciosas das leis e demais atos.

§ 1.144. Nulidade do registro

1. EXISTÊNCIA NULIDADE. se o que pediu o registro não é proprietário, nem procurador com poderes especiais, e registro houve, não se pode falar em *inexistência do registro.* Isso pode ocorrer mais vêzes do que se pensa devido ao art. 19, 1, *b), in fins,* do Decreto n. 3.079, que dispensou a indicação da transalção e, pois, a certidão da transferência *antes de* 1917. Não se dispensou, em todo caso, a indicação do título. Indicado o titulo, está satisfeita a exigência. Porém, com ou sem transalção, a *história do terreno* e o seu *registro* podem ser discordantes. Já temos frisado a importância da distinção. Registro feito é registro existente. se há registro e o que figura como dono do terreno não no é, abre-se disputa entre êle e o dono. *Quid juris?* Daí ser aconselhável a prévia ação declaratória.

De antemão, afastemos que o depósito tenha de ser feito apenas sob ameaça de multa, tal como se estabeleceu, nas Disposições Transitórias, ad. 1.0, para os proprietários de terras e terrenos lotados *em curso de venda* e nas circunstâncias do Decreto-Lei n. 58, art. 1.0 ou art. 22.

As expressões do Decreto-Lei n. 58 —os proprietários ou coproprietários de terras rurais ou terrenos urbanos... são obrigados‖ mostram que se trata de *jus co gene.* Os que se di**zem** proprietários, e não são proprietários, anunciam ou vendem a prestações, ou não, coisa alheia, com todas as conseqüências penais. Adiante, sôbre o art. 12 do Decreto-Lei n. 58.

A discordância entre a verdade e o registro resolve-se, no plano do direito comum, segundo os princípios que regem a eficácia dos julgados sôbre registro, inclusive tratando-se de *ação para retificação* (Código Civil, ad. 860) ou *para cancelamento* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 288, 296).

A falta de assinatura do memorial pelo proprietário, ou pelo procurador com poderes especiais,, não exclui a responsabilidade do proprietário que promoveu, fêz. promover ou admitiu o depósito. Os oficiais do registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causem, por si, ou por seus prepostos e substitutos, se de sua indicação Esses, aos interessados no registro (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art 37).

sempre que a culpa seja do proprietário, não pode êle alegar a falta de algum elemento do memorial ou de algum documento. se a culpa é de ambos, proprietário e oficial do registro, ambos respondem, segundo os princípios.

Observe-se, todavia, que a responsabilidade do Estado pelo ato, positivo ou negativo, do oficial do registro, é ainda sem culpa, segundo os princípios expostos no Tomo XI, §§ 1.225, 8, e 1.268, 1 e 2.

2. SANABUBIDADE. se a nulidade é do documento e pode ser produzido outro, tem-se por sanável a falta. se há falsidade ou falsificação que cause prejuízo ao *unus ex publico,* ou ao simples comprador a prestações, ou promissário, sem ser caso de resolução (art. 22), o que obteve o registro responde *nos termos do que anunciou, vendeu* ou *prometeu.* se é caso de resolução (ad. 22), a condição resolutiva é só a favor do que **teve a outorga.**

As questões relativas a dimensões resolvem-se segundo os princípios do direito comum.

§ 1.445. Loteamento por seções ou glebas

1. LOTEAMENTO PARCIAL. O Decreto-Lei n. 58 não se referiu ao loteamento por seções ou glebas, isto é, ao caso do terreno que não se loteia de uma só vez, e sim *por pedaços.*

É o *loteamento parcial.* Muitas vêzes, o proprietário, ou os proprietários não dispõem de capital suficiente para preparo do terreno e para as obras de loteamento e anúncio das vendas. Outras vêzes, a dificuldade é alheia aos seus negócios: resulta de certas exigências de direito público que não atingem todo o terreno loteável.

As soluções técnicas do *problema de facilitação* seriam as que em seguida anotamos.

2.PARCELAÇÃO. a) A parcelação do terreno em, pelo menos, dois, um dos quais seria o loteado, para que, futuramente, convindo ao proprietário, ou proprietários, se loteasse o outro, ou outros. Êsse é o caminho que tomam os proprietários de grande extensão, ou porque desejem continuar na exploração de parte das terras que têm, ou porque apenas queiram experimentar o negócio, ou porque tenham outras intenções quanto à valorização do restante, ou, ainda, porque prefiram hipotecar uma das parcelas ou algumas delas, a fim de acudirem às despesas de loteação da outra ou das outras.

3.LOTEAÇÃO TOTAL. b) A loteação total, retendo a venda de certa porção de lotes, excluídos dos anúncios, ou.

simuladamente pré-contratados ou prometidos.

4.DESTINAÇÂO TOTAL. e) A destinação total sem loteamento total, que foi a solução sugerida e permitida pelo Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 1.0: —O plano de loteamento e as especificações mencionadas, bem como a planta do imóvel e os esclarecimentos do n. II, poderão ser apresentados por seções, ou por glebas, à medida que as terras ou terrenos forem sendo postos à venda por prestações, quando por sua extensão não sejam objeto de uma única planta ou tenham origens várias‖. O art. 1.0, § 1.0, admite que se tome parte do terreno; e dessa

parte, com a medição e o loteamento, se apresente a planta, indicadas a situação, as dimensões e a numeração dos lotes, as.

dimensões e a nomenclatura das vias de comunicação e espaços livres, as construções e benfeitorias, e as vias públicas de comunicação. Somente há a perguntar-se se é prescindível a planta do terreno todo. Ou se se admite que só se precise caracterizar a porção —separada‖, cuja categoria depois estudaremos; ou se se exige que se satisfaçam o pressuposto da planta de todo terreno, de que se tira a seção ou gleba, e o pressuposto, nôvo, da planta da parte. Essas plantas, nos casos dos terrenos de todo loteados, são uma só: *bem imóvel* e *bloco de lotes* coincidem. Nos casos de loteamento parcial, não. Há duas plantas, a do terreno e a da porção loteada. Mais tarde, eventualmente, mais uma, que corresponde a nova seção ou gleba. O Decreto n. 3.079, ou porque o legislador regulamentador não tivesse prestado atenção à inevitável duplicidade, pelo menos, das plantas, ou porque tivesse considerado que aos donos dos terrenos é sempre facultado parcelar os seus terrenos, ainda não medidos e demarcados, para fazer medida e demarcada parte dele, não foi claro quanto à planta do terreno todo, se, por ora, só se quer lotear seção ou gleba.

5.seÇõES E GLEBAS. No plano do direito das coisas e da teoria geral dos bens, a categoria, que o art. 1.0, § 1.0, aponta, é digna de estudo. Interpretando o Decreto-Lei n. 58, o Decreto n. 3.079 apresentou uma das modalidades que teriam valor prático, porém essa mesma, que êle definiu, não é de fácil conceituação. se o proprietário de grandes áreas cinde o seu terreno e loteja parte, juntando a planta somente da porção nova, loteada, nôvo terreno surgiu, que constará da inscrição e terá, *além disso,* de ser objeto de averbação à margem das transcrições relativas ao imóvel *todo* (Decreto-Lei n. 58, art. **3~0** das Disposições Transitórias; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 285 e 286). Mas, aí, não há o loteamento por seções ou glebas; e sim o loteamento de nôvo terreno, surgido da parcelação. Não foi isso o que o regulamento de 1938 teve por fito. Quis êle estabelecer três tempos: o da propriedade A; o da propriedade A‘ + A‖, em que A‘ *ainda* não está loteado e A‖ *já.* está; o das propriedades A‘, e A‖, A‖‘, etc., que são os lotes *depois* da mudança que a juridicização do loteamento provocou. A solução do Decreto n. 8.079, art. 1.0, § 1.0, mantém, a respeito de A‖‘, A‖‖, etc., a mesma iminência de substituição de sujeitos que nos casos ordinários de loteamento, porém não a respeito de A‘. Não há comunhão *pro divisa,* porque essa supõe *pluralidade subjetiva;* porém há situação objetiva semelhante à que se conhece nos edifícios de apartamentos de que o proprietário primitivo do terreno reservou para si um deles e pôs à venda os outros, e é vulgar quando

se trata de edifício construído *para alguma empresa* a que não convenha ficar com todos os apartamentos. O que, aí, distingue a porção não loteada é a diferença de destinação das porções. Tal como ocorre com o edifício de apartamentos de que só se vão alienar os apartamentos destinados a venda, isto é, *não reservados ao dono primitivo do terreno.*

6. INDIvIDUAÇÃO. Ao terreno falta a separação natural que faz a individualização da coisa móvel. É a determinação humana que o *limita,* isto é, que, etimológicamente, lhe abre sulcos. A destinação diferente, econômica, não basta, nem a configuração geográfica. Exatamente é o registro que separa os terrenos, ou, antes dele, a *história* dos terrenos.

Nos casos do Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 1.0, há pluralidade de terrenos (coisas singulares independentes), mas tratam-se como um todo, que vai ter destinação *provavelmente* a mesma, porém que, agora, ainda não é a mesma para todas elas. A hipoteca pode recair em todo o terreno (A‘ + A‖), ou só em A‘, ou só em A‖.

_7. O QUE SÃO SEÇÕES E GLEBAS. O Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 1.0 falou de seções ou glebas. Não fêz sinônimos —seções‖ e —glebas‖. Porém ~que são seções e que são glebas?

seções são as partes do terreno que correspondem a certa quantidade de metros, ou a certa situação urbanística, como se parcelo o terreno em três seções a dos lotes de frente para a praça, a dos lotes de frente para as ruas que continuam os lados esquerdo e direito da praça, conforme a estátua que fica ao meio dela, e a dos lotes das outras ruas.

Glebas são pedaços de terra, têm razão de ser para se caracterizarem, à parte do resto da propriedade. —Gleba‖ tem o mesmo étimo que —globo‖.

8. LOTEAMENTO ULTERIOR. Para as seções ou glebas ulteriormente loteadas somente é preciso *completar* o memorial e juntar os documentos a elas correspondentes, devendo-se proceder *nos mesmos autos.*

§ **1.446.** Autoridades públicas e loteamento

1.URBANISMO, HIGIENE. O loteamento não interessa somente ao que é dono da terra. As regras urbanísticas, sanitárias, estéticas e de conservação de obras de arte, ou históricas, e de belezas naturais, podem incidir sôbre êle.

O exemplo mais frisante é o do arruamento, para o qual existem normas de direito público municipal e planos da cidade ou vila que têm de ser obedecidos, ainda quando se trate de futura cidade ou vila. Assim, quando o art. 1.0,

§ 19, do Decreto-Lei n. 58 (Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 2.0) disse: —Tratando-se de propriedade urbana, o plano e planta do loteamento devem ser prêviamente aprovados pela Prefeitura Municipal, ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares‖, foi incompleto na sua referência. Não só as autoridades municipais, sanitárias e militares pode ocorrer que tenham de ser ouvidas. Aliás, o art. 1.~, § 1.0, do Decreto-Lei n.

58 apenas alude às legislações que incidiriam e teriam de ser aplicadas ainda que êle nada dissesse. Portanto, o memorial, o plano e a planta têm de obedecer a tudo que outras leis

de direito público ou de direito privado lhes exijam.

2.TERRAS URBANAS E RURAIS. Não só. O art. 12, § 1.‘~, do Decreto-Lei n. 58, repetido pelo art. 1.0, § 2.0, do Decreto n. 3.079, somente fala das propriedades urbanas, como se exigências de direito público não recaíssem, também, em terras rurais. Aqui, como a respeito das autoridades outras que as municipais, as sanitárias e as militares, o Decreto Leii n. 58 e o Decreto n. 3.079 falharam em sua alusão a leis nacionais (federais, estaduais e municipais) que incidem independentemente deles.

3.MODIFICAÇõES. **O** Decreto n. 3.079 acrescentou ao texto do art, 1.0, § 1.0, do Decreto-Lei n. 58: —O mesmo se observará quanto às modificações a que se refere o § 5.~‖ (art 1.0, § 2.0, 2? parte) : o que é óbvio. Mais. Como 2a e g□a alíneas do art. 1.0, § 2.0, disse: —Excetuam-se do disposto neste parágrafo os terrenos que, anteriormente à data do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, estavam sendo vendidos em logradouros em que a Prefeitura Municipal já tenha concedido alvarás para construções, ou se acham registados de acôrdo com as leis municipais. A Prefeitura e as demais autoridades ouvidas disporão de 90 dias para pronunciarem-se, importando o silêncio em aprovação. A impugnação deverá ser

fundamentada em disposições de leis, regulamentos ou posturas, ou no interesse público‖.

As duas alíneas sob postas são prenhes de questões juridicas. Delas convém extrair todo o conteúdo. A própria natureza das regras há de entrar em consideração.

4.O DECRETO N. 3.079, ART. 1.0, § 2.0, ALÍNEA 2.. A regra do art. 1.0, § 2.0, alínea *2,a,* do Decreto n. 3.079

somente pode valer se *interpretativa.* E somente vale como interpretativa, se interpretou acertadamente a lei. Tem ela duas partes: uma, em que ressalva em regra de direito intertemporal os terrenos junto a logradouros públicos ou em logradouros públicos (lugares de uso público) que as Prefeituras Municipais *estavam* vendendo à data da publicação do Decreto-Lei n. 58, isto é, a 13 de dezembro de 1937, se a respeito deles já se havia concedido alvará de construção; outra, referente aos mesmos terrenos, se já se achavam registados de acôrdo com as leis municipais, isto é, se já havia registro municipal de tais vendas.

O regulamentado preferiu a solução do acatamento ao que se vinha fazendo, à semelhança do que adotara no final do art. 1.0, 1, 6), de que já tratamos.

5. O PRAZO DE NOVENTA DIAS. O prazo de noventa dias é regra de direito civil e de direito administrativo, que protege os loteadores contra as excessivas demoras dos funcionárias das Prefeituras Municipais. Regra federal que passou, come regra de direito administrativo, a ser regra municipal de quaisquer Municípios, porém permanece, também, federal, por sua finalidade e por ser possível ao Legislador federal, legislando sôbre direito civil ou comercial, redigir regras principalmente *dispositivas* dirigidas a entidades outras que a União.

A regra é de *ins dispositivum.* O silêncio exerce, aí, função de *declaração de vontade:* é declaração de vontade, porque aquele, que se tem como declarante, sabia que seu silêncio podia ser e ia ser interpretado como assentimento, *aprovação.* Qualquer intenção contrária, em reserva mental, ou em lei municipal, é sem importância jurídica.

A aprovação pelo silêncio tem, então, todas as consequências da

aprovação, explícita ou implícita, em palavras; e não somente para os efeitos do registro.

6.AUTORIDADEs A QUE A REGRA se DIRIGE. **A** regra entende-se a quaisquer autoridades, federais, estaduais, municipais, ou paraestatais, que tenham de ser ouvidas. O prazo é um só; e as conseqüências ou efeitos são os mesmos que surtiria a aprovação.

7. CONSTITUIÇÂO DE 1946. Ao tempo em que foi feito,o Decreto n. 3.079 podia conceber a regra do art. 19, §

2.~, g□a alínea, que, em tempos de Constituição democrática, somente por *lei* seria edictável. Porém a constitucionalidade de uma regra, quanto ao foco ejector, apura-se ao tempo em que foi feita. A Constituição de 1937 não possuía regra como a do art. 141, § 2$, da Constituição de 1946.

8.FUNDAMENTAÇÃO. A impugnação tem de ser fundamentada, e o fundamento, depois de 18 de setembro de 1946, somente pode ser em *lei:* o art. 141, § 2.~, da Constituição de 1946 voltou a estatuir que —ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *sendo em virtude de lei".* Só a lei federal, estadual ou municipal, pode ser fundamento de direito, O regulamento, só por si, não.

§ 1.447. Certidões necessárias

1. INSCRIÇÃO. As certidões necessárias para a inscrição do loteamento são: as dos títulos de domínio, desde trinta anos, podendo ser só a da escritura pública anterior a 1917, se não houve, depois, transcrição, ou devendo ser a da escritura pública, ou nas aquisições até mil cruzeiros, o instrumento particular, *mais* a certidão da transcrição ou transcrições ocorridas, de modo a estabelecer-se a continuidade dos títulos segundo o registro (Decreto-Lei n.

58, art. 1.0, 1, *b,* e V) ; as certidões relativas aos ônus reais (Decreto-Lei n. 58, art. 1.0, IV, e § 3.0) ; as certidões relativas a impostos (Decreto-Lei n. 58, art. 1.0, § 2.0) ; as certidões relativas a ações reais ou pessoais (Decreto n.

3.079, art. 19, V). Hoje, o limite é o de dez mil cruzeiros (Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952, art. 1.0).

2.ÔNUS REAIS. Quanto aos ônus reais, os impostos e as ações (cf. § 29 do art. 19 do Decreto-Lei n. 58), a certidão pode ser *positiva* ou *negativa.* Negativa, a inscrição faz o adquirente, ou o pré-contraente adquirente, imune a quaisquer responsabilidades, real ou pessoal; positiva, o que incide sôbre o terreno continua de incidir segundo os princípios. As relações entre o pré-contraente comprador, ou o comprador, e o pré-contraente vendedor, ou o vendedor, regem-se pelo contrato e pelo direito relativo aos pré-contraentes ou à Compra-e-venda.

3. RESPONSABILIDADE. O pré-contraente vendedor, ou o vendedor, responde pela verdade das certidões produzidas e os oficiais públicos pelo que certificarem.

§ 1.448. Planta ou plantas

1. LOTEAMENTO PARCIAL. Já foi dito que, em caso de loteamento *parcial,* devem ser produzidas, com o memorial, a planta do terreno, tal como se acha transcrito, e a planta da seção ou gleba loteada. São levantadas por meio de goniômetros, independentemente de bússola; orientadas segundo o meridiano do lugar, determinada a declinação magnética; além dos pontos de referência para ultericres verificações, pôr-se-ão marcos especiais de referência, ligados a pontos certos e estáveis, na sede da propriedade, mediante os quais a planta depois se possa incorporar à carta geral cadastral. Devem conter:

a)as altitudes relativas de cada estação de instrumento e a conformação altimétrica ou orográfica aproximativa dos terrenos; *b)* as construções existentes com indicação dos seus destinos; *c)* os valos, as cercas e muros divisórios (tapumes)

d) a~ águas principais, que banharem a propriedade, determinando-se, quanto se possa, os volumes reduzidos à máxima sêca, em termos de se lhes poder calcular o valor mecânico; e) a indicação, mediante côres convencionais, das culturas existentes, dos pastos, campos, matas, capoeirões, construções e divisas das propriedades; *f)* as escalas das plantas poderão variar entre os limites 1 :500 m. e 1 :5000 ín. conforme a extensão das propriedades rurais; nas de mais de cinco quilômetros quadrados a escala pode ser de 1:10.000 (Decreto n. 451E, de 31 de maio de 1890, art. 22). Contudo, em vez do goniômetro, pode ser empregado instrumento de maior precisão (Código de Processo Civil, art. 432, 1).

2.NUMERAÇÃO; DIMENSÕES ESPAÇO LIVRE. A planta deve conter os lotes *numerados.* As *dimensões* dos lotes são também requisitos essenciais. O cálculo da área não basta. O que não estiver numerado é *espaço livre,* ou *rua,* ou outra *utilidade pública,* ou *publicizável,* e somente pode vir a ser numerado depois de se considerar lote venal, conforme o processo do art. 1.0, § 49, do Decreto-Lei n. 58 (Decreto n. 3.079, art. 19, § 5»).

§ 1.449. Onus reais sôbre o terreno

1.RESPONSABILIDADE DE EXONERAÇÃO POR LOTES. **O** terreno *todo* pode estar sujeito a direito real e disso se falará adiante. Ou os proprietários loteadores assumem perante os pré-contratantes e compradores, pela oferta ao público, a responsabilidade de os exonerar no momento do pré-contrato ou da aquisição definitiva; ou se prevê o parcelamento também da dívida hipotecária e da garantia, o que é juridicamente permitido, desde que se observem as formalidades hipotecárias e fiscais; ou se regula, no plano de loteamento e Compra-e-venda, que a primeira ou outras prestações são destinadas à quitação *parcial* com exoneração. Daí ter dito o art. 1.0, § 39, do Decreto-Lei n. 58 (Decreto n. 3.079, art. 1.~, **§ 4.0)**

—se a propriedade estiver gravada de ônus real, o memorial será acompanhado da escritura pública, em que o respectivo titular estipule as condições em que se obriga a liberar os lotes no ato do instrumento definitivo de Compra-e-venda‖.

2.FINANCIAMENTO. O art. 1.0, § **3□0,** do Decreto-Lei n. 58 não se refere *somente* aos empréstimos para financiamento da loteação e das vendas, ou das compras; refere-se a quaisquer ônus *antes* de serem postos à venda os lotes. Porém trataremos da matéria no Capítulo sôbre financiamento.

3.FRANQUEAMENTO DO REGISTRO. O franqueamento é a qualquer hora do expediente. O oficial do registro responde pelos danos que causar àquele a quem dificultou, tornou improfícuo ou impossibilitando o exame do memorial, do plano ou dos documentos. O mandado de segurança é cabível. Outrossim, a ação de indenização pelo ato ilícito ou a de indenização pelo abuso do poder. Há, também, a responsabilidade do Estado.

4.CUSTAS. Nenhuma lei estadual ou municipal pode conferir direito a custas no caso do art. 1.0, **§ 5~0,** do Decreto-Lei n. 58, que somente *lei* federal pode revogar ou derrogar.

§ 1.450. Depósito e exame do memorial e documentos

1. DEPÓSITO. CUSTAS. Estatuíu o Decreto-Lei n. 58, art. 1.0, **§ 5□0** (Decreto n. 3.079, art. 1.0, § 6.0) : —O

memorial, o plano de loteamento e os documentos depositados serão franqueados, pelo oficial do registro, ao exame de qualquer interessado, independentemente do pagamento de emolumentos, ainda que a titulo de busca‖. E

na alínea *2.a:* —O oficial, neste caso, receberá apenas as custas regimentais das certidões que fornecer‖.

Trata-se do depósito *antes* do registro, *durante* o registro e *depois* do registro. Enquanto não for cancelado o registro, o oficial do registro está adstrito à regra do art. 1.0, **§ 5□0□**

Qualquer interessado; isto é, ainda que *moral* o interesse (cf. Código Civil, art. 76).

2.CERTIDÕES. Quaisquer certidões têm de ser cobradas segundo as regras gerais.

§ **1.451.** Inscrição do memorial do loteamento

1.INSCRIÇÃO. O registro do loteamento consiste na *inscrição* do memorial da propriedade loteada, ou do memorial concernente à propriedade loteavel, *mais* a parte loteada (seção ou gleba). Desde que se tenha‘

apresentado o memorial sôbre toda a propriedade, porém somente loteada uma parte, a inscrição faz-se, desde logo, de toda essa, e depois se procederá à inscrição *complementar* quanto ao loteamento de outra seção ou gleba, ou de outras seções ou glebas. Há, a respeito desse nôvo loteamento, o edital de que trata o ad. 2.0 do Decreto-Lei n. 58, com os processos administrativo e civil respectivos.

2.LIVRO AUXILIAR OU LIVRO 8. Lê-se no art. *49* do Decreto-Lei n. 58: —Nos cartórios do registro imobiliário haverá um Livro Auxiliar na forma da lei respectiva e de acôrdo com o modêlo anexo. Nele se registarão, resumidamente: *a)* por inscrição, o memorial de propriedade loteada; 6) por averbação, os contratos de compromissos de venda e financiamento, suas transferências e rescisões‖. No parágrafo único: —No livro de transcrição, e à margem do registro da propriedade loteada, averoar-se-a a inscrição assim que efetuada‖. Por enquanto, o que nos interessa é a *inscrição* (art. 4~o, alínea □

2 a,) .

3.INSCRIÇÃO E AVEREAÇÕES. Os livros de registro de imóveis, ao tempo do Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 177, eram sete: 1, protocolo; 2, inscrição hipotecária; 3, transcrição das transmissões; 4, registros diversos; 5, emissão de debêntures; 6, indicador real; 7, indicador pessoal. O Decreto-Lei n. 58 criou o oitavo, o Livro n. 8. Preferiu, portanto, a *autonomia do registro,* em vez de se contentai com a transcrição no livro de transmissões, ou com a inscrição no livro de hipotecas, o que de todo não se justificaria. No Projeto primitivo, criavam-se dois livros (terrenos e terras), nessa preocupação de distinguir cidade e campo, urbano e rural, que é sinal de ainda persistir, em muitas psiques, o tempo social do terreno rural *sem lei, nem autoridade,* em que os senhores das terras tudo dispunham e regravam.

O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, ainda mantém Esses oito livros, ao oitavo dos quais chama

—Registro Especial‖ (art. 182). No art. 196, retocado pelo Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, ad. 1.0, lêse: —O Livro n. 8 Registro Especial na forma da lei respectiva, destinado à inscrição da propriedade loteada, para a venda de lotes a prazo em prestações sucessivas e periódicas, obedecerá ao modêlo adotado‖; e aí se faz referência e remissão ao art. 4□o do Decreto-Lei n. 58. Que diz o art. 4.0? Lá está no Decreto-Lei n. 58, ad. *49:*

□ haverá um Livro Auxiliar na forma da lei respectiva e de acôrdo com o modêlo anexo‖. Não mais do que isso. As outras regras do Decreto-Lei n. 58 é que podem esclarecer sôbre os atos que se hão de inserir em tal livro.

Modêlo do Livro Auxiliar a que se refere o art. 40:prazo (Decreto n. 8.070, ad. nesta disposição as escrituras em geral‖). Uege hoje a Lei

art. 19. 22, *in fine:* —. . . compreendidas de promessa de venda de imóveis n. 649. de 11 de março de 1949, Altura, 0,50 Largura total, 0,42 *Inscreve-se* no livro especial o loteamento e *averba-se* no livro de transcrições de transmissões (Livro n. 8) o registro que se concluiu, —assim que efetuada a inscrição‖, quer dizer *imediatamente depois* e *de ofício.* O oficial do registro é responsável, civil e criminalmente, pela falta, ou defeito, ou demora, no averbar. A exigência da averbação mostra que se tem de transcrever o titulo e, quando não haja título registável, se tem de propor a ação declaratória, para se obter carta de sentença transcritível.

O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 282. apenas disse, a respeito dos pressupostos do registro: —No Livro 8, será feita a inscrição da propriedade loteada para a venda de lotes a prazo em prestações com os mesmos requisitos do art. 19 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937‖.

4. PROMESSAS DE CONTRATAR E CONTRATOS DE OPÇÃO.

Quando a propriedade não foi loteada, o Decreto n. 5.318 exigiu registro no Livro n. 4. A sua presença no Livro n.

8 não teria sentido. De modo que as transferências *definitivas* teriam de ser transcritas (Livro n. 3) e os pré-

contratos ou promessas de Compra-e-venda e, a *fortiori,* os contratos de opção, inscritos no Livro n. 4 e averbados à margem das respectivas transcrições no Livro n. 3. Tal explicação diz respeito assim aos negócios jurídicos em que haja prazo e uma ou mais de uma prestação (Decreto-Lei n. 58, art. 22), como aos negócios jurídicos *não transmissivos imediatamente,* ainda que não a Aqui, em todo caso surgiu questão de direito: ao falar de —promessa de venda‖, no art. 22, *in fine,* o Decreto n. 8.079, que foi mais longe que o Decreto-Lei n. 58, só se referiu às *promessas dc contratar, ou* também aos *contratos de opção?* Para o registro de imóveis, a solução é de toda a importância, porque a classe —promessa de contratar‖ (no caso, promessa de Compra-e-venda, por abreviação

—promessa de venda‖) não exaure a classe dos negócios jurídicos que têm por fito a aquisição de bem imóvel.

Assim, ou os negócios jurídicos, que não entrassem na subclasse das promessas de contratar compra-e-venda, teriam de ficar sem registro, porque não poderiam ser objeto de transcrição (não são transíativos

por si sós), nem os contemplou o art. 22, *in fina* do Decreto n. 3.079; ou havemos de entender que a *averbação* à margem das respectivas transcrições aquisitivas concerne e aproveita a quaisquer pré-contratos ou *pasMa de vendendo veZ*

emendo e a quaisquer declarações unilaterais de vontade ou convenções pelas quais alguém adquire a faculdade de formar, por sua própria vontade, relação sôbre cujo objeto já se assentou, tal como ocorre no *direito de empção* (ou contrato de opção de Compra-e-venda), na preempção ou preferência e noutros negócios jurídicos, de ~ue exsurgem *direitos formativos geradores.*

Alguns dEsses pactos têm o seu registro incluso na transcrição da transmissão: na preempção, ao tempo em que o vendedor vende o bem, impondo o direito de prelação na compra, tanto por tanto (Código Civil, art. 1.149> ; no pacto de melhor comprador, também (Código Civil, art. 1.158).

O contrato de opção, de que nasce o direito de compra, escapa a essa adjecção ou inclusão. O seu registro não se há de fazer por transcrição, porque a propriedade ainda não se transfere, se bem que êle se não confunda com a promessa de contratar: na promessa de contratar, de que a promessa de Compra-e-venda é espécie, o pré-

contraente, vendedor, *obriga-se* a contratar, a concluir contrato de Compra-e-venda, ao passo que, no contrato de opção, o contraente comprador fica investido do poder de criar a relação mesma de Compra-e-venda, pode optar *(optio,* opio), que é apenas sem qualquer dependência de outrem. Por isso mesmo, seria *de mais* o exigir conclusão de contrato; e *de menos,* pretende-lo: por sua própria declaração de vontade, pode o titular do direito formar a relação que deseja.

O Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 239, enumerou os seguintes atos que têm de ser transcritos (Livro n. 3): Compra-e-venda pura ou condicional (o contrato de opção não no é); permuta; dação em pagamento; transferências de quota a sociedades, quando constituída por bens imóveis; doação entre vivos; arrematação e adjudicação em hasta pública; sentença que, nos inventários e partilhas, adjudicar bens em pagamento de dividas de heranças; os demais contratos transíativos de imóveis. O contrato de opção *ainda não* transmite: faz mais do que a promessa de contratar, porque faz nascer direito formativo gerador; porém faz menos que o negócio juridico da Compra-e-venda: a transferência é dependente de *opção,* que pode não acontecer. A solução é invocar-se o .art.

286: —As averbações... abrangerão, além dos casos já expressamente indicados, as cessões, subrogações e *outras ocorrências* que, por qualquer modo, alterarem o registro, quer em relação aos imóveis, quer em atinência *às* pessoas que, nestes atos, figurem...‖; ou o art. 285, *verbis* —quaisquer outras circunstâncias, que, por qualquer modo, afetem o registro, ou as pessoas nele interessadas‖. se a simples promessa de compra E venda mereceu que se lhe permitisse a averbação, com mais forte razão se há de permitir a averbação em caso de *contrato de opção,* para efeitos contra terceiros. se o terreno não foi loteado, o contrato de opção tem de ser inscrito no Livro n. 4 e averbado.

5. —LEX SFECIALIS‖. A falta de inscrição do loteamento, que *a lez specialts* regula, não faz nulos os atos de alienação, nem as promessas; o vendedor ou pré-contraente vendedor fica responsável,, sem poder, todavia, utilizar-se do direito especial, e o comprador ou pré-contraente comprador somente pode invocar o Código Civil, ou, se é o caso, o art. 22 do Decreto-Lei n. 58 ou art. 22, *in tine,* do Decreto n. 3.079. Tal interpretação ~ a verdadeira e tem por si a explicitude, hoje, do ad. 22, conforme a redação que lhe deu a Lei n. 649, de 11 de março de 1949.

Os proprietários de terras rurais ou urbanas que pretendam vende-las, divididas em lotes e por oferta pública, têm o dever de observar a lei, que é o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. No art. 23 do Decreto-Lei n. 58

diz-se que —nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei, sem apresentação do documento comprobatório do registro por ela instituído‖ (cp. Decreto n. 3.079, art. 23). O do.cumonto é indispensável para que se invoque o Decreto-Lei n. 58 exceto quanto ao art. 22, com a redação que lhe deu a Lei n.

649. de 11 de março de 1949; mas, antes mesmo da Lei n. 649, o artigo 28 não podia referir-se ao art. 22, cujo suporte fáctico era e é de menos do que o suporte fáctico das regras jurídicas, con tidas no Decreto-Lei n. 58 e concernentes aos terrenos loteados. Raciocinou-se dizendo-se que o Decreto-Lei n. 58 e o Decreto n. 3.079 são de ordem pública e a transgressão das suas regras tem como consequência a nulidade (SíLvIo PEREIRA, *Imóveis a Prestações;* 4148; M. M. DE seRPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos,* III, 37 e 47; W. DE SOUSA CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condominios,* 5, 253 s.) Mas sem razão: o que não se pode pretender é que se invoque o Decreto-Lei n. 58; o direito civil e o comercial comum podem ser invocados. O

raciocínio que levou à afirmação da nulidade não distinguiu o que há de cogente e o que há de dispositivo no Decreto-Lei n. 58 e ao mesmo tempo confundiu o plano da eficácia com o plano da validade. se não houve inscrição e averbação, não se podem pretender efeitos contra terceiros, quer se trate de terrenos loteados quer de terrenos não loteados quer se trate de qualquer pré-contrato. Ou incide o art. 1.088 do Código Civil, ou incide o art. 22 do Decreto-Lei n. 58, ou incidem as outras regras jurídicas do Decreto-Lei n. 58, ou incidem as regras jurídicas do Código Civil referentes às promessas de Compra-e-venda feitas por escritura pública, ou não, a que se conferiu, com o registro, eficácia contra teneiros.

No Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, o art. 244, parágrafo único, determinou: —Quando houver promessa de venda, será cata inscrita ou averbada para que possa ser transcrita a escritura definitiva‖. A exigência do art. 244, para grafo único, somente pode referir-se às escrituras que aludam a promessa de venda, ao pré-

contrato; só assim se explica a adjetificação: escritura —definitiva‖. Se a escritura não mencionou qualquer pré-

contrato com o mesmo objeto, de modo que o contrato de compra-e-venda e o acordo de transmissão sejam adimplemento do pré-contrato, não há por onde se exigir inscrição ou averbação prévia do pré-contrato que se denºou de lado, ou a que não precisaram aludir ou não quiseram aludir os figurantes.

O pré-contrato de lote, ainda que não tenha havido todas as formalidades do Decreto-lei n. 58, nem se tenha de subordinar ao loteamento registrado, é pré-contrate regido pela lei geral e dá, inclusive, a ação executiva do art.

1.006, *§* 2.0, do Código de Processo Civil. Não se empreste ao art. 244, parágrafo único, do Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, a significação de obstar à transcrição de escrituras de aquisição de bem ou de parte de bem se houve pré-contrato a que não se referiu a escritura, nem fôra apresentado a inscrição ou averbação. Se o loteamento foi registrado, então a escritura, que se apresente, de contrate de compra-e-venda e acordo de transmissão, contém referência implícita ao loteamento, devido à eficácia erga *omites* do loteamento registrado.

Compreende-se, então, que se exija o pré-contrato, se houve.

Também foram invocados os arts. 253 e 287 do Decreto xx. 4.857. Diz o art. 253: —Será inscrita no Livro IV, para validade, quer entre as partes contratantes, quer em relação a terceiros, e com os mesmos requisitos do art. 247, a promessa de venda de imóvel não-loteado‖. Validade está, aí, por eficácia: eficácia segundo o art. 22 do Decreto-lei n. 58 (eficácia especial) e eficácia em relação a terceiros. Os legisladores e juristas de pouca ciência empregam, por vezes, —vale‖ em vez de —tem eficácia~~, —nulidade‖, em vez de —ineficácia‖, —é nulo‖, em vez de —é ineficaz‖.

Mas o intérprete, expondo o sistema jurídico, tem de ler aquilo que é e se diz no sistema jurídico, sem se denºar iludir pelos erros de terminologia dos que fizeram a lei, O art. 27 do Decreto n. 4.857 estabeleceu: —À margem da inscrição da propriedade loteada, no Livro VIII, serão averbados os contratos de promessa de compra-e-venda de lotes a prazo em prestações, quer por escrito particular, quer por

escritura pública, não só para sua validade jurídica como para assegurar ao promitente comprador direito real oponivel a terceiros, nos termos do art. 52 do Decreto-lei n. 58 e Decreto n. 3.079. de 10 de dezembro de 1937 e 15

de setembro de 1938, respectivamente‖. Também aí —validade‖ está em lugar de —eficácia especial‖; nem se entenderia que se inserisse em regulamento de registro regra jurídica sôbre validade. Aliás, hoje, o art. 287 tem de ser lido com o conteúdo do art. 22 do Decreto-lei n. 58. Se a propriedade foi loteada e sobreveio pré-

-contrato, tem-se de registar o pré-contrato para que se possa invocar qualquer regra jurídica do Decreto-lei n. 58, exceto, é claro, o art. 22, com a redação nova que lhe deu a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, porque no art. 22

só se cogita de terreno não-loteado. Por outro lado, não tem qualquer pertinência invocar-se regra jurídica de lei francesa (Lei francesa de 19 de julho de 1924, art. 14, alínea 2.~), notório como é o descaso dos próprios juristas franceses pelo rigor de terminologia, no tocante aos conceitos de nulidade ou de ineficacia.

6.CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO. A inscrição somente pode ser cancelada nos casos do art. 6.0 do Decreto-lei n. 58, que diz: —A inscrição não pode ser cancelada senão: a) em cumprimento de sentença; *b)* a requerimento do proprietário, enquanto nenhum lote fôr objeto de compromisso devidamente inscrito *(?),* ou mediante o

consentimento de todos os compromissários ou seus cessionários, expresso em documento por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais‖. —Inscrito‖ está, aí, por —averbado‖, pois o pré-contrate não se inscreve, averba-se. Basta que um lote esteja pré-contratado para que o cancelamento só se possa fazer com o consentimento dele eu do seu —cessionário‖. Se há dois ou mais pré-contraentes, inclusive comuneiros, é preciso o consentimento de todos. Ou de um ou de muitos, o consentimento é *formal:* exige o escrito, assinado; e o procurador, para dá-lo, tem de ter poderes especiais. Cada um pode assinar a sua declaração de consentimento, ou alguns podem firmar a mesma, ou todos.

§ 1.452. Inalienabilidade e eficácia do registro

1.INDIVIDUALIDADE OBJETIVA DO TERRENO E DOS LOTES.

O efeito principal do registro do loteamento é a perda da in *dividualiddade objetiva do terreno loteado* e a aparição das *individualidades objetivas dos lotes.* O segundo é a inalienabílidade absoluta das vias de comunicação e dos espaços, isto é, tratos de terra, denuados livres no memorial e na planta. Não há, no loteamento, qualquer idéia de comunhão, ainda *pra divisa.* As vias de comunicação são abertas ao público e os espaços, como praças, lugares para arborização, ou reservatórios de água, são públicos. Isso não impede que, além das vias de comunicação, se pense em espaços *comuns* a alguns lotes, *e.* g., campo de tênis ~o meio da quadra, ou ponte sôbre rio comum, interior à quadra, ou de ligação entre dois lotes. Para que isso se admita, é preciso que explicitamente conste do memorial e da planta e esteja de acordo com a legislação de direito público. Os espaços livres não se têm como suscetíveis de serem atribuidos, depois, aos lotes próximos, ou a outros.

2.VIAS DE COMUNICAÇÃO NECESSÁRIAS, ÚTEIS E SUPÉRFLUAS. As vias de comunicação *necessárias* são vias públicas futuras, se já não no são. As vias de comunicação apenas *úteis* e as próprias vias de comunicação *supérfluas* têm-se por vias públicas futuras, se já não no são, *salvo se* o *memorial e a planta sâo explicitos em sentido contrário.* Os ═espaços livres *necessários* têm a natureza de terrenos públicos; os *úteis* e os *supérfluos* são públicos, *salva se o memorial* e a *planta são explicitos em sentido contrário.*

3.ESPAÇOS LIVRES. O Decreto-lei n. 58 estatuíu (art. 3?) —A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta‖. No art. 1.0, *§* 4□O, o mesmo Decreto-lei (Decreto ri. 3.079, art. 1.0, *§* 5.0) ditou: —O plano de loteamento poderá ser modificado quanto aos lotes não comprometidos e o de arruamento, desde que a modificação não prejudique os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos, se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação‖. A intervenção da Prefeitura Municipal é estatal, por serem públicas as vias de comunicação. Não se justificaria, em casos de vias de comunicação particulares, ainda comuns a todos os lotes, salvo se, *in casu,* há legislação especial, ou se ocorre que alguma lei apanhe as alterações. O art. 1.0, *§* 4□O, □

2 a alínea, ainda acrescenta:

—A planta e o memorial assim aprovados serão depositados no cartório do registro para nova inscrição, observado o disposto no art. 2.0 e parágrafo?‘. Quer dizer: o mesmo processo administrativo e, eventualmente, civil do registro (inscrição). Ao art. 3º do Decreto-lei n. 58 o Decreto n. 3.079 aditou a seguinte interpretação, que está certa: —Inscrita a modificação de arruamento a que se refere o art. 19, *§* 5~O, cancelar-se-á a cláusula de inalienabilidade sôbre as vias de comunicação e os espaços livres da planta modificada, a qual passará a gravar as vias e espaços livres em substituíção‖.

4.PUBLICAÇÃO. Tem-se pretendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornem *públicos* por ato dos interessados, entregando-os *à* Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A aprovação do loteamento faz públicas as vias de cornunicação e públicos os espaços livres, com a exigência de serem ultimadas pelos loteadores as obras das vias de comunicação e dos espaços livres e da modificabilidade segundo o Decreto-lei n. 58.

5.Os ATOS ORDINARIOS DO REGISTRO. —O registro instituído por esta lei‖, disse o Decreto-lei n. 58, art. 8.0,

—tanto por inscrição quanta por averbação, não dispensa nem substitui o dos atos constitutivos ou transiativos de direitos reais na forma e para os efeitos das leis e regulamentos dos registros públicos‖. Isso quer dizer: que hão de ser transcritos os contratos de compra-e-venda (definitivos, como se exprimem os que tratam tais negócios; em verdade, contratos de compra-e-venda, que podem ser, ainda, a termo ou condicionados, já regidos pelo direita comum) ; que, ainda no caso

de se ter concebido como de opção o contrato, a averbação não dispensa a transcrição, quando se optar (contrato de opção *mais* opção); que algum direito real, e qualquer direito formativo gerador, que se prometeu e teria outro registro que a averbação, tem de observar a sua forma de registro.

Temos, pois, que a lei especial tudo construiu *no plano da eficácia* do negócio jurídico das promessas de comprae-venda. No art. 22 do Decreto-lei n. 58 <Decreto n. 3.079, art. 22) Ia]nu-se de —serem averbadas às margens das respectivas transcrições aquisitivas‖ as escrituras —de promessas de venda de imóveis em geral‖, porém ainda nesse caso, de que trataremos na Parte XI, não é verdade, como se tem pretendido, que a lei haja exigido, *no plano da validade,* menos ainda no *plano de existência, a* averbação das promessas de compra-e-venda. É certo que, no art.

23 do Decreto-lei n. 58 (Decreto n. 3.079, art. 23), se disse que —Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei, sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituido‖; porém ação ou defesa é matéria de eficácia, e não de validade ou de existência.

O registro das promessas de compra-e-venda de imóveis não loteados passou a ser *inscritivo,* além de *averbativo* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), XIV, Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art.

1.0) : —No registro de imóveis será feita: a) a inscrição: XIV da promessa de compra-e-venda de imóvel nãoloteado, cujo preço deva pagar--se a prazo, em uma ou mais prestações, bem como as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral‖. No mesmo sentido, a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0, que deu nova redação ao art. 22 do Decreto-lei n. 58.

O contrato de opção não é pré-contrato. Um dos contraentes já fêz a sua declaração de vontade, nascendo o direito formativo gerador dó outro contraente. Tem de ser *averbado.* A declaração optativa de vontade, que o outorgado fizer, há de ser *transcrita.* Resta saber se, não se tratando de terreno loteado que haja sido inscrito no Livro n. 8, precisa de ser inscrito no Livro n. 4 o contrato de opção. O Decreto n. 5.818, de 29 de fevereiro de 1940, art. .1.0, somente se referiu a pré-contratos: —Será inscrita no Livro n. 4, para validade (_7) quer em relação a terceiros, e com os mesmos requisites do art 247, a promessa de venda de imóvel não-loteado~‘. No mesmo sentido, a Lei n.

649. Mas havemos de submeter ao mesmo registro o contrato de opção.

CAPITULO VI

OFERTA DE TERRENOS

§ *1.453.* Conceitos de contrato e de oferta

1.DE QUEM SURGE, PRIMEIRO, A VONTADE. CONTRATOS SINALGMÁTICOS. Inscrito o terreno loteado, ou apenas constante de título transcrito, se não houve loteamento (Decreto-lei n. 58, arts. 4□O, alínea 23‘, a), e 22), de um dos interessados o que *quer* alienar e o que *quer* adquirir há de partir, primeiro, a *vontade.*

Sucederá *outra vontade;* e da concordância das declarações de vontade surgirá o contrato.

Na transferência dos direitos, a função do contrato é enorme. Os contratos que têm por fito criar, modificar ou transferir direitos reais são ditos contratos reais, se por eles se cria, ou modifica, ou transfere, em vez de apenas se obrigar o outorgante a fazê-lo (contratos consensuais). Para a extinção de direitos reais, o ato jurídico unilateral basta. O elemento essencial para que a propriedade dos terrenos se transfira é o acordo das partes, de modo que, se essa vontade é *diminuta,* não há a transferência *desde* logo (promessa de contratar compra-e-

-venda) ou não há a transferência (venda sob reserva de domínio).

A compra-e-venda é um dos *contractus bilaterales nequa.Les,* ditos também recíprocos; neles, o fim é a troca de duas prestações, donde o nome grego *sinalagmáticos.*

2.OFERTA E OFERENTE. A concordância é, de regra, por sucessão de fatos: um dos interessados toma a dianteira, e dai dizer-se que *oferece,* que *oferta,* sem que oferente tenha de ser, sempre, o que vai alienar; o que compra também pode ofertar. A declaração do que consente é a *aceitação.* Na troca simultânea de declarações concordantes, que são raras, desaparece a sucessão, de modo que a reciprocidade leva à indistinção entre oferente e aceitante, salvo se há razão exterior para que se considere *prius* a declaração de vontade de um dos

interessados.

Pela estruturação legal dos negócios de compra-e-venda de terrenos, o Decreto-lei n. 58 considera a oferta como partindo do vendedor, ou pré-contraente vendedor. Somente dados explícitos poderiam elidir essa presunção da lei, presunção *juris tantum.*

Temos, pois: *a)* que a regra é a oferta que parte do vendedor; *b)* que essa oferta, nos pré-contratos regidos pelo Decreto-lei n. 58, é oferta de promessa de compra-e-venda, e não, ainda, oferta de compra-e-venda; e) que a conclusão de contrato de compra-e-venda, que acaso ocorra, significa que se produziu *outro* negócio jurídico que nº que fOra de esperar-se, pois o que se esperava era, apenas, a promessa de compra-e-venda, e não, desde logo, a compra-e-venda. Uma das conseqüências é a de se ter de investigar, eventualmente, de quem partiu a *nova* oferta.

Outra, a de não se ter de pensar em averbação, nem em inscrição, mas, simplesmente, em transcrição. Também se pode concluir troca, doação ou outro negócio jurídico.

§ 1.454. Oferta e direção

1.DECLARAÇÃO DE VONTADE E RECEPÇÃO. A oferta ou se dirige a determinada pessoa ou a determinadas pessoas; ou se dirige ao público em geral, ou d certo grupo de pessoas das quais nem tOdas serão os aceitantes. Em todos os casos, e *declaração de vontade recepticia,* isto é, que exige recepção (aliás, exige mais: exige aceitação, o que prova ser insuficiente o termo —receptício‖, *empfangsbediirftig,* e melhor seria —acepticia‖).

2. —ESSENTIALIA NEGOTII‖. A oferta deve conter todos os *Cosentialia negotii,* bem como as derrogações ao direito dispositivo que o oferente queira. Isso não afasta a validade de declarações do oferente, no sentido de denºar ao aceitante determinar, na aceitacão, certos elementos essenciais.

Por exemplo: a oferta de venda de lotes a prestações por tabelas de capital e juros, com amortização mensal, ou, em geral, periódica, não é oferta de venda definitiva imediata, porque o oferente pode ter querido, com o negócio jurídico de venda de terrenos loteados, colhêr e empregar dinheiro. Porém é permitido denºar ao aceitante a *escolha* entre a assinatura de pré-contrato e a assinatura de contrato de compra-e-venda, ou, ainda, entre assinar pré-contrato, ou comprar

àvista, ou comprar a prestações, com transferência da propriedade e garantia hipotecária da dívida ou simples notas promissórias. Não se trata, em qualquer desses casos, de simples convite a ofertar, *invitatio ad of.ferendum.*

3.INICIATIVA DO CONTRATO. CONSEQÜÊNCIAS. O oferente tomou a *iniciativa* do contrato e dai o seu nome. Êle é que espera, porém foi êle, em compensação, que determinou as modalidades da aceitação, a forma e o prazo, bem como o lugar de entrega (recepção pelo oferente). Também lhe é dado fazer duas ou mais ofertas, alternativas, ou fazer algumas dependentes das outras, ou só permissivas de aceitação em globo.

4.EFICÁCIA DA OFERTA. HERDEIROS. OUTROS SUCESSORES.

A regra é que a oferta, ao chegar ao aceitante, seja eficaz e não possa ser revogada, salvo se subordinada a prazo, suscetível de prerrogação antes de se esgotar e de se dar a aceitação. A oferta pode ser a presentes ou a ausentes.

Se o oferente a retira, antes da chegada da aceitação, nem por isso denºa essa de ser eficaz, salvo se o negócio de venda de lotes tinha caráter pessoal (pessoa do vendedor determinante para o comprador), o que seria difícil acontecer.

Quem aceita primeiro é quem *eficazmente* aceita.

A oferta de lotes *inscritos* liga os herdeiros do oferente, ainda se o negócio é sem interêsse para eles. Isso resulta dos princípios, porquanto a oferta, se não entra na classe daquelas em que a pessoa do oferente fica em primeira plana, de modo a só *vincular* nº, precisamente, que a fêz, é *vincidante* e pois modifica a esfera jurídica do oferente, recebendo-a, modificada, os sucessores.

A situação não é-a que se desenha no art. 99 do Decreto- lei n. 58, porque, nessa regra, se cogita da sucessão na propriedade loteada, e não nos lotes. Para os lotes, o art. 9~o seria supérfluo. A lei tinha de prover aos casos em que o dono da terra loteada, *que tem a disposição dela,* segundo vimos, como dos lotes, alienasse a terra mesma, sem se referir aos lotes, ou englobando-os, e em que, falecendo, essa terra ou grupo de lotes fosse aos herdeiros ou legatários ou fossem a outros sucessores por adjudicação.

No art. 9$, estatuíu o Decreto-lei n. 58: —O adquirente por ato *inter vivos,* ainda que em hasta pública, ou por sucessão legítima ou testamentária, da propriedade loteada e inscrita, sub-roga-se nos direitos e obrigações dos alienantes, autores da herança ou testadores, sendo nula qualquer disposição em contrário‖. Quer dizer: os herdeiros, ou legatários, ou sucessores entre vivos do loteador ou dos pré-contraentes ou contraentes de compra-evenda de lotes *sucedem* ao autor da herança, ou do legado, ou do negócio jurídico entre vivos, sem qualquer restrição possível. Se o loteador diz, nos anúncios:

.... . salvo se, nesse intervalo, falecer‖, o *unus ar publico* pode aceitar sem levar em conta essa restrição que é nula, pois o Decreto-lei n. 58, art. 92, foi explícito: —sendo nula qualquer disposição em contrário‖. Porém não só o loteador; também os sucessores do pré-contraente comprador ou do comprador estão sujeitos a não poderem ressalvar a sua responsabilidade como os pré-contraentes ou compradores mesmos não no poderiam. Se algum herdeiro ou legatário *quer* evitar a responsabilidade pelos pré-contratos, ou pela venda, ou pela compra, só lhe resta o caminho de repudiar a herança. Aceitando-a, responsabiliza-se, dentro das fOrças da herança.

A figura da sub-rogação pessoal, que a lei criou, apanha o sucessor desapropriante, porque, em caso de desapropriação de terras ou terrenos sujeitos a direito expectativo, contrato de opção, etc., *ou* o Estado desapropria, também, êsse direito, *ou* tem de pagar perdas e danos se não pode cumprir a obrigação de contratar ou respeitar a opção.

Tudo que acima foi dito apanha o adquirente em globo da propriedade loteada, ou o sucessor da empresa de loteamento; mas, também, o que sucede só em parte, por fôrça, então, dos princípios.

1.455. CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

§ 1.455. Contrato de compra-e-venda de imóveis

1.PRÉ-CONTRATO E COMPRA-E-VENDA. O contrato que se quer obter, quando se pré-contrata a compra-evenda de lotes, é o *contrato de compra-e-venda.* Se não se contrata desde logo é porque algum dos elementos falta: acordados os interessados sObre a coisa e o preço e atendidas as exigências de forma, *e. g.,* escritura pública, a promessa de contratar é supérflua, porque se sobe um só degrau quando se

poderiam subir dois. Melhor: denua-se para se terminar mais tarde o trabalho que já estaria terminado.

A promessa de contratar supõe, para ser útil, que se tenha algo a ser *depois* querido; e se prometa essa vontade.

Promete-se um ato, e êsse ato pode ser declaração de vontade. *Verba ligant homines.*

O negócio a cuja conclusão alguém se obriga pode ser *disposição,* por exemplo transmissão de propriedade; mas, pode ser, também, *contrato obrigacional.* O contrato pelo qual alguém se obriga à conclusão de contrato obrigacional chama-se pré-contrato, *pactum de contrahendo.* Quando alguém promete contratar, consensualmente, mas, no prometer, já f oram atendidos todos os elementos do contrato consensual, prometer contratar já é contratar.

Quem promete alguma prestação já se obriga por ela. Na compra-e-venda, assim ocorre. Então, no plano processual, cabe ao titular do direito que nasceu da promessa exercer a pretensão à tutela jurídica, de uma vez, porque foi supérfluo prometer o contrato: pensou-se que só se subia um degrau, e subiram-se dois.

Nas promessas de contratar, —o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo‖ <Código de Processo Civil, arE 1.006, § 2.0). A obrigação, se tudo foi satisfeito, é a obrigação do *contrato,* e não a do pré-contrato, porque se estaria a insistir em *bis in idem.*

A lei processual, com o § 2.0 do art. 1.006, tentou reduzir os inconvenientes que resultariam de concepção demasiado lógica do encadeamento pré-contrato, pretensão a contratar, ação para conclusão do contrato, conclusão do contrato advertindo que tudo se há de *reduzir* se o pré-contrato satisfaz todos os pressupostos do contrato prometido. É o *salto,* no campo processual, que a lei criou.

2.A COMPRA-E-VENDA É CONTRATO CONSENSUAL. O contrato de compra-e-venda de bem imóvel é *consensual.* O contrato em que todos os elementos da compra-e-venda estão satisfeitos, ainda que se chame promessa de compra-e-venda, é contrato de compra-e-venda. Mas, se o preço ainda não foi pago, por ser a prestações, e o vendedor não acordou em que se transferisse, desde logo, a propriedade, contrato de compra-evenda não é, mas pré-contrato. Tal construção é a que satisfaz o direito positivo e a ciência, evitando que se propaguem

conceitos e enunciados errôneos.

3.A ATITUDE DOUTRINARIA DO DECRETO-LEI N. 58.

O Decreto-lei n. 58 considerou a promessa de compra-e-venda a prazo, em prestações, *pré-contrato,* e não *contrato.* A transferencia da propriedade não se deu, se bem que o loteador possa, querendo, *pular* o pré-contrato e assinar, desde logo, o contrato definitivo. A mesma atitude teve o legislador a respeito das promessas de compra-evenda, a prazo, ou não a prazo (arE 22). Quanto ás promessas de compra-e-venda de quaisquer imóveis loteados, ou não-loteados uma vez *registadas,* têm por si o Decreto-lei n. 58, porque têm mais do que isso: se satisfazem todos os requisitos da compra-e-venda, contratos de compra-e-venda são; se não satisfazem, porém obedecem às regras sôbre promessa de compra-e-venda de imóveis, o registro lhes confere a oponibilidade a terceiros. Por isso mesmo, não foi errado o que acrescentou ao Decreto-lei nº. 58 o Decreto n. 3.079, art. 22, *in fins,* nem foge disso a redação que lhe deu a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0

§ 1.456. Oferta de promessa de contratar

1.OFERTA DO LOTEADOR. A oferta do loteador, ou é oferta de contrato de compra-e-venda (oferta de comprae-venda), ou de compra-e-venda a prazo, ou de compra-e-venda, sob condição resolutiva, ou oferta de contrato de opção, ou oferta de promessa de contratar. Não há, nos anúncios do loteador, que deseja pré-contratos de comprae-venda, *promessa de compro,.e-venda.* Ele ainda não prometeu; apenas ofertou a promessa, o pré-contrato. Oferta de prometer, oferta de *pactum de contrahendo.* O primeiro cuidado, quando se examina algum negócio jurídico de alienação de lotes, é de se saber qual a oferta que foi feita e se houve aceitação, ou contra-oferta.

2.INVERSÃO DE POSIÇÃO DOS CONTRAENTES. A oferta, nas promessas de contratar, pode partir do comprador; porém essa inversão, de que trataremos noutros lugares, supõe que se haja afastado a estrutura jurídica que a lei previu.

§ 1.457. Oferta ao público

1.O PROBLEMA HISTÓRICO E O PROBLEMA DOGMÁTICO. A questão histórica da validade da oferta ao público entre os Romanos não deve ser confundida (e tem-no sido) com a da validade das promessas ao público, promessa de recompensa ou outras. Essas, a que dedicamos livro minucioso, são *declarações unilaterais de vontade,* em vez de declarações para a concordância de declarações plurais (bilaterais ou outras) de vontade. São categoria de fontes das obrigações, como o contrato. Á oferta não é fonte das obrigações; é uma das declarações com que se compõem os contratos. A distinção é fundamental. Por isso mesmo, o direito romano poderia ter a promessa ao público, e não ter a oferta ao público, ou *in personas incertas, ou in incertam personam;* ou vice-versa.

Por outro lado, uma coisa é contrato com pessoa incerta, ou com pessoas incertas, ou com o público, e outra, oferta de contrato com pessoa incerta, ou com pessoas incertas, ou com o público. Não se confundem, pois, contratar com o público e ofertar ao público. Contrato e oferta de contrato são institutos independentes. Provado que o direito romano não admitia contrato com pessoa incerta e, *o. fortiori,* com o público, restaria verificar se também não admitia a oferta ao público, que é o que interessa. A discussão assumiu feição de relêvo.

2.A ATITUDE DE R. VON JHERING. RÉPLICAS. R. voN JRERING (Culpa in contrahendo, *Gesammelte Aufsãtze,* 409) sustentava que não era possível, no direito romano, obrigar-se alguém a pessoa incerta; e por isso se recorreu ao *servus puhlieus* para se obrigar o ad-rogador aos herdeiros incertos do ad-rogado (L. 18, D., *de adoptionibus,* 1, 7). Porém êsse *servus publicus* podia, ai, representar a *civitas* (C. FERRINI, *Manual e di Pan&t te,* 892), como em casos de *stipuUttio „poení-te.* Demais, entre os herdeiros dos *adro gLtUS* estariam pessoas ainda não nascidas (inexistentes)

OutrOs, como RINI~ERVATER (Em Beitrag zur Lebre VOlt der ~ersteigetUflg, *Jahrbúeher fiir die fJogntatik,* VIII, 5), A. PERNICE e ARNALDO LUCCI *(Deite Promesse per pubbtirn* pro *clami,* 11), citaram textos romanos para concluir que o contrato aliás a *stipu1O~tiO* não podia ser com pessoa incerta; ao -que replicamos *(Da Promessa de Recompensa, 36):* —. . . a oferta de contrato não era, como não é, o mesmo instituto do contrato‘.

Se a incerteza era obstáculo ao contrato, não no era *a priori à* oferta, porque ainda não se trata da conclusão do contrato. Os argumentos contra o contrato com certa pessoa não atingiria a oferta a pessoa

incerta 3.A ANALOGA QUE RECOBBEII R. SOEM. E. SOEM AbweSefldefl, *Zeitschrift* flir *das gesamte nandelsrecht,* 1‘?, 54s.) lançou-se à analogo com o *jactus mis giliun,* que era *in incertoflfl pe* porém tradição não é contrato, nem oferta de contrato. A. KoEPPEN (Der obligatorische Vertrag unter Abwegenden, *.Jahrbiicher flir die Dogmtttik,* 11, 359 si pensou no caso do dono do navio e do *institor* ou *marjister navis,* com o qual seriam feitos os contratos de que o *dominus* teria lançado oferta (L. 1, pr., 11, *qund iu.ssu,* 15, 4). Mas não há, aí, oferta: há o contrato com os prepostoS e os contratos dos prepostos com as pessoas que se apresentem‘ Reduzir 05 atos do preposto a *invit«.tio* (1‘. KRÚCXMANN, *Ober den jrgssúhhn,* 56). é, também, forçar os textos (cf. nosso *Da PromesSa de Recompensa,* 25). Vê-se, pois, quanto se aventurava.

Quanto às fontes históricas da promessa ao público, delas aqui não falamos, por serem estranhas ao nosso assunto e terem de ser tratadas no Direito das obrigações.

4. OS ALBERGUES E O DIREITO ROMANO. Na abertura dos albergues (caupofla) o alberguista, talvez estivesse a *oferta* de contrato. Dois textos:

a)L. 1, § 1, D., *nautúe cazLp stctbuiarii* 4 *recepto. 4,* 9: tne quisqllalfl putet graviter hoc adversus côa constitum nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.. b) L. un., § ~ 13., *furti adversus* ~unttas *cosupones nabularWs,* 47, 5: —Caupo... viatorum autem factuni non praestat, naniclfle viatorem sibi eligere catipo vel stabulariUs nou videtUt neo repeilere potest iter agentes: mnhabitatores vero perpetuoS ipse quodalnmodo elegit, qul non reiecit, quorulfl factum oportet cum praestare‖.

Em vernáculo (L. 1, § 11): —ninguém julgue que é injusto (o juízo)~ contra esses (nautae, caupones, stabularifl, porque está no arbítrio deles não receber a ninguém‖; (L. un., § 6):

—O Alberguista não presta (não responde pelo) fato do viajante; porque não se entende que o alberguista ou o estalajadeiro escolhe o seu passaste, nem pode êle repelir os que viajam, (mas) aos que habitam permanentemente, de certa maneira os escoIheu quem não os pôs fora, (e) deve responder pelo fato doa mesmos Tudo está em se saber se, aceitando a hospedagem, o vis jante aceitava *oferta pública de contrato,* e se era o alberguista ou estalajadeiro obrigado a receber. O —repellere‖ está. no texto, por —não admitir‖ (não aceitar), o que faria ofertante o viajor, ou por despedir o viajor já admitido. Tanto E.

KIMMERER *(Observatiofles Inris CiviLis,* 117) quanto, antes dê.le, A. FABER *(RatiolULlUI in Paruiect0~S,* L. 1, § 1, Nº, 4, 9) interpretavam o —repellere‘¶

como despedir o viajor já alojado. Mas outros, inclusive CL F. PUORTA e A. VON VANCEROW, viam no não poder escolher 0brigação moral. É claro que não tinham base; os textos estão à mostra. Não menos inadmissivel é a solução dos que só lhes descobrem obrigação perante a polícia, ou de acordo com as leis de policia, gerando *dever de contratar*.

A hasta pública, a sub *hasta,tio,* essa ou continha oferta ao público, ou só *invitatio ad offereitduflt* (a oferta viria dos licitantes). Se o direito romano adotava aquela categoria e construção, ou essa, difícil é resolver-se.

5.STRACCHA, CASAREGIS E OS JURISTAS FRANCESES (1, n. 21), excluiu a possibilidade de escolha, Uma vez que era pública a taberna; e assim, quanto a navegadores e outros que tratavam com o público, CASAREGIS.

Depois, através dos escritores franceses (contra R. TROrLONO, *De la 1/ente,* 74), como DELAMARE e LEPOITX‘IN *(Journal da Falais,* 1, 261), LYoN-CAEN e RENAULT *(Précis d~ Droit commercial,* 1, 342), 41

MÃSSÉ *(Le Droit commeroial,* III, ti. 1458), F. WHARTON *(Á Commentarij on the Law of Co~ntracts,* 1, 49 e 52), W. ANSON *<Pnnctples of fite Engiish Laruy ol Contract,* 16) e TH. PARSONS *<The Lato of Contract,* □

7 a

ed., II, 281 e 283) apontaram como ofertas ao público a subscrição de ações, os planos de viagens em trens, ou ônibus e os serviços de telégrafos e correios.

6.H. SIEGEL E A TEORIA DA DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE. O —DUORUM IN IDEM

PLACITUM GONSENSUS‖. A OFERTA AO PÚBLICO. Aos escritores alemães coube a formação da teoria, em

—generalização‖ desabusada das *poilicitationes,* da declaração unilateral de vontade como fonte das obrigações, principalmente a H. SIEGEL, em 159 páginas que sempre se relêem com grande respeito.

Porém não é êsse o nosso problema. Nada temos contra o *duorum in idem placitum consensus:* a oferta ao público não no suprime; desconhece-o a declaração unilateral de vontade, a promessa ao público, com as suas influências germânicas e contemporâneas.

O *contractus cum incerta persona* foi outro fruto de confusão. Ali, confundiram-se promessa ao público e oferta ao público; aqui, contrato com o público e oferta ao público. O contrato com incerta pessoa não existe; nem existiu.

Tentou-se explicar por êle o título ao portador (nosso *Dos Titulos ao Portador,* 2.~ ed., 1, 67, 131, 165-167, 179s.

e 231) ; e E. F. SOUCHAY (1827), G. F. PUCETA, C. E. VON GERBER, E. HOFFMANN, E.

REGELSBERGEE e E. VON SAVTGNY quiseram construir o título ao portador como contrato *cum incerta persona.* Mais F. GÍ.YNTEER *(Das Áutomatenrecht,* 11 s.) inverteu o próprio problema: quis construir a oferta ao público como contrato *cura incerta persona.* Aliás, ao próprio F. VON SAVIGNY deve-se a distinção da oferta ao público e do contrato, a propósito da hasta pública.

A teoria da oferta ao público não se plasmou suficientemente sem que se subissem alguns degraus na pesquisa cietitifica: negação da existência de contrato *cura incerta persona* <A. RENAUD, Beitrag, *Zeitschrift fitr deutsehes Recht,* 14, 329 s.; *J.* UNGER, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere,* 106; 1.E. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren,* 1, 148 s.); a distinção entre ela e a promessa ao público; a distinção entre ela e a *invitatio ad offerendum* (cf. BREMEN, *De Tractatibus,* 2).

7. As TEORIAS EM TORNO DA OFERTA AO PúBLICo: R. SOEM, *J.* BIERMANN, H. NEUMOND, W.

ZSCHIMMER. (a) A coticeituação da oferta ao público como oferta *in incertam peno-mim* tem-na como oferta a alguém que por ora ainda é incerto: a determinação posterior permite o contrato, de modo que a aceitação consente e precisa (F. SOHM, Vertrags schluss unter Âbwesenden, *Zeitschrift $r das gesarate Handelsrecht,* 17, 52s. e 73s.). (b) J. BIERMANN (?Rechtszwang zum Kontrahiren, *Jhenuga Jahrbitcher,* 32, 292 s.), sorrindo dos que reputavam não-senso a oferta ao público, depois de apontar casos e mais casos, inclusive os aparelhos automáticos, acentuou que ofertas ao público são ofertas a pessoas não só subjetiva como também objetivamente indeterminadas.

Com a aceitação, a *personos incerta* torna-se *persona certa.* Até aí fôra R. SOEM. Mas J.

B!ERMANN reagiu contra a concepção da oferta *in incertam per* somnn. Poderia ser *in incertas personas,* isto é, pluraíniente dirigida. A oferta ao público poderia ser retirada *ex insta causa* (perecimento da coisa, mudança de preço do mercado, demasiado inter ~ralo entre a oferta e a aceitação, etc.). Por outro lado, o princípio da irrevogabilidade sofreria limitações.

(c> H. NEUMOND (Der Âutomat, *Árchiv fim die civilistiache Pra.xis,* 89, 166 s.) retomou o problema da distinção entre a oferta ao público vinculante e a oferta ao público não-vinculante, e tudo fêz dependente da determinabilidade das pessoas que compõem o circulo dos aceitantes, de modo que os aceitantes, aparecendo, ou em primeiro lugar, ou sucessiva-mente, tornam vinculativa a oferta, porque se conclui o contrato. Note-se, porém, que, antes da aceitação, não há relação, defeito evidente da teoria de H. NEUMOND. Aliás, antes de E.SOEM, também R. MAItSSON *(Die Natur der Vertrags olferte,* 39), já tomava a reconhecibilidade das pessoas a quem se dirigia a oferta ao público como elemento da vinculação.

(d)W. ZSCHIMMER *(fie Offerten an das Fublicum,* passim), chamou a atenção para o fato de ser característica da oferta ao público a oportunidade a muitos; de modo que a determinabilidade não a caracterizaria. No momento da cognição pelo *unus ex publico* a oferta está perfeita. Não é preciso que todos a tenham. Daí em diante é irrevogavel. FRITZ :SCHILLER *(RechtsverMltnisse des Auto maten,* 30 4 frisou que a direção plural não é obstáculo. ~ parte da declaração de vontade do oferente. Daí vincular-se. Também fêz ver-se que _público‖ está, aí, como direção da declaração, porém supondo-se que *todos* tenham conhecimento: no fundo, só se dirige a quem vier a conhecer. A isso 1'. KRÍãCKMANN acrescentou que a pessoa mesma, que se apresenta, que aceita, é mais determinada, antes, do que se pensa: é pessoa em circunstância de aceitar.

§ 1.458. Oferta de lotes ao público

1.OFERTA DE PROMESSA DE CONTRATAR E OFERTA DE CONTRATAR. INVERSÃO DE POSIÇÃO.

(a) Se a promessa de contratar é dirigida ao público, a oferta é que é ao público; não a promessa. Os anúncios, de que fala o Decreto-lei n. 53, são ofertas de promessa de contrataí (de vender). Precisa scú

completa, ter sido a declaração com intuito de obrigar-se o anunciante (o que é presunção da lei), ser dirigida a círculo de pessoas, ainda, no caso de lotes, em todo o Brasil e, até, no estrangeiro.

(b)O loteador ou seu sucessor é o oferente; o pré-contraente comprador é o aceitante. Se o *unus ex publico* faz outra oferta, o que é de admitir-se se explicitamente não aceitou e inverteu as posições, o pré-contrato goza de toda a eficácia. que lhe confere o Decreto-lei *ti.* 58. Não cabem exclusões de validade por falta de seriedade, ou jôgo, se houve inscrição dos lotes e anúncio. Tão-pouco, vale a cláusula —fora do Decreto-lei n. 58‖, porque a inscrição não no permite, ainda que a oferta não seja *civis e populo.* Toda promessa de compra-e-venda de terra que foi inscrita, ainda que seja de pessoa a pessoa, se supõe ter sido dirigida ao público e ser essa pessoa *tatus ex publico.* Tanto assim que os anúncios são elementos de interpretação dos pré-contratos, ou dos próprios contratos, se desde logo se concluiu compra-e-venda.

2.FUNGIBILIDADE DAS PESSOAS. A despeito da fungibilidade das pessoas, na oferta ao público, a personalidade do *tatus ex publico* pode ser levada em conta se tem certa generalidafle e consta do anúncio (cp. F.

REGELSEERGER, em W. ENDEMÂNN, *Handbuch,* II, 49; S. BIERMANN, Rechtszwang zum Kontrahiren, *Jherings Jahrfriicher,* 32, 298), a afastar a freqüência da predominância do *intuitus personae,* nas compras-evendas e noutros negócios.

8.CLÁUSULA —REBUS ETANTIBUS‖. A cláusula *rebus uic stantibus* pode ser inserta nos anúncios se o foi no plano ou se o plano a permite. Tal cláusula é tida como implícita se ocorre calamidade que faça a todos «ue leram os anúncios ou os editais terem por modificados o plano e a intenção do loteador.

4.—PUBLICUM‖. A oferta ao público é endereçada à pluralidade que compõe o circulo a que se chama *publicum,* que podem ser entes humanos, varões, mulheres, funcionários, sócios de clubes, estudantes. Nem tinha razão R.

SOEM em concebê-la dirigida ao futuro aceitante, nem aos que venham a conhecê-la: a cognição —concretiza‖, fàctica mente, o círculo, *publicum;* não no faz. A intenção do declarante foi dirigi-la a todas as pessoas em situação de *poderem conhecer* e aceitar.

Demais, a noção de público, na oferta ao público, não re pousa

somente na intenção do oferente; além desse elemento subjetivo, há o elemento objetivo da oferta mesma que limita o circulo dos interessados. As ações de clube de caça ou de sociedade de farmacêuticos não interessam, de regra, a pessoas que não caçam, ou a advogados, respectivamente.

Enquanto não se retiram os anúncios, isto é, enquanto não se providencia eficientemente para que não mais se *conheçam* as ofertas, a aceitação vincula. Não é preciso, portanto, esperar-se que se firme a promessa de contratar.

Â oferta ao público segundo o Decreto-lei n. 58 é oferta de promessa de compra-e-venda: aceitando o *unus ex publico,* está perfeito o contrato. A aceitação pode ser em escritura pública ou em instrumento com as formalidades do art. 11, pr., do Decreto-lei ti. 58 e, então, é *averhável.*

5.VENDAS DE LOTES POR —INVITATIONES AD OFFERENDUM‖

permitida a venda de lotes por *invitationes ad o! / erendum,* porem e preciso que se diga, claramente, que se não trata de oferta. Presume-se *juris tantum* que seja oferta ao público. —D'une manière générale‖, escrevia J. VAity *(Des Contraís par correspondance,* 213 s.), —les tribunaux reconnaissent aux propositions faites par la voie des annonces les effets, qu'on víent de leur voir atribuer. lís décident que ces propositions sont obligatoires, *quand elies „ne sont accompagnées d*"*aucune reserve,* et que le contrat est conclu par le seul fait de leur acceptation‖.

6.PERDAS E DANOS. Sempre que o loteador ou seu sucessor, por sua culpa, não *pode* assinar o contrato definitivo, responde por perdas e danos.

§ 1.459. Eficácia da oferta de lotes ao público

1.ACEITABILIDADE VINCULANTE. Na eficácia da oferta ao público de venda de lotes, o primeiro efeito a consignar-se é a *aceitabilidade vincullante.* Tal eficácia é sua, e não do pré-contrato, que é exatamente consequente a êsse efeito; e, no caso dos lotes, há três eficácias inconfundíveis: a) a da oferta ao publico; 6) a da promessa de contratar (de que se fêz a oferta) ; o) a do contrato, dito definitivo, de compra-e-venda.

2.IRREvOGABILIDADE Segundo efeito é a *irrevogabilidade* da oferta ao público, sem ser pelo mesmo meio, *em principio.* O vínculo à palavra, que a lei cria, como proteção aos interesses do público. Não há, da parte do anunciante, a faculdade de revogar a oferta quando entenda. As —ofertas públicas‖ do Decreto-lei n. 58 não são *si rolam;* são ofertas ao público, e não *invitationes ad off erendum.* Tão-pouco, há nas ofertas públicas do Decreto-lei n. 58 condição potestativa resolutiva. Apenas, se feitas com prazo, entendem~se extintas, não tendo, no prazo, sido expedida a resposta, ou, se feitas sem prazo, se antes da expedição se *publica* a alteração da oferta ou a sua retirada. A única dificuldade estaria na retratação e expedição da aceitação *simultáneas,* mas, ainda aí, o Código Civil resolve a questão (art. 1.081, IV).

(a)Se a oferta pública foi feita sem prazo, e não se tira do seu teor que o oferente se obriga a não-revogar a oferta dentro dos prazos dos usos e costumes, a publicidade igual, ou que equivalha, antes da aceitação, pode retirá-la.

(b)Se houve prazo, a aceitação, dentro dele, conclui o contrato.

(c)Se, feita a oferta, o *n‟nus ex publico* teve conhecimento da retratação antes ou simultâneamente com a oferta, não se forma vinculo.

O oferente, que recebe aceitação, ou dela tem conhecimento, mas, por circunstância imprevista pelo aceitante, é ela tardia, tem de comunicá-lo, imediatamente, ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos; quer dizer: o contrato não se conclui, sem culpa de uma ou de outra parte, mas o oferente, que tem o dever dessa *comunicação de fato,* é responsável pelos danos e perdas que, com a falta do comunicado, advierem ao aceitante inocentemente intempestivo.

Se o aceitante faz adições, restrições ou modificações, ao aceitar a oferta, não aceitou: propôs. Então as relações entre Ele e o vendedor de lotes se regem pelo direito comum: não há oferta ao público; o que parece aceitar apenas oferta compra, ou pré-contrato de compra-e-venda, ao dono dos lotes.

3.RETRATAÇÃO OU RETIRADA DA OFERTA. É também regra, comum aos negócios entre pessoas determinadas e aos negócios com o público, que a chegada da retratação do aceitante antes de chegar a oferta, ou com ela, desfaz a aceitação:

não houve declaração de vontade.

O Código Civil chama à oferta —proposta‖ e diz que denºa de ser obrigatória a proposta, quer dizer, denºa de ser *vinculante,* se, feita, sem prazo, a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (art. 1.081, II), se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado (art. 1.081, III), Ou se, antes dela ou simultâneamente chegar ao conhecimento da outra parte, a retratação do proponente (art. 1.081, IV).

A alguns pareceu, por superficialidade do exame da distinção entre oferta de pré-contrato ou de contrato e pré-

contrato ou contrato, que a permissibilidade da retirada da declaração de vontade antes da expedição (aceitação) implica não ser vinculante a oferta *(e. g.,* E. BOLCI-IINI, La Promessa pubblico, *Rivista di Diritto commerciale,* 1903, 1, 881). Primeiro, a oferta ao público liga enquanto não retirada. Não se trata de revogabilidade pura; mas *se* não houve a aceitação, ou *se* foi tardia. A oferta ao público é tão irrevogável e tão revogável quanto a oferta a ausente, que o Código Civil disciplina. Toda a dificuldade estaria em se saber se o Código Civil ou lei posterior admite a oferta ao público, dita oferta a pessoa indeterminada; porém, aí, a resposta é, em geral, afirmativa e o Decreto-lei n. 58, art. 1.~, no particular, foi explícito.

Naturalmente, toda oferta ao público de vendas leva consigo a restrição, ou, melhor, limitação, porque provém da natureza do próprio objeto, de somente se perfazer o pré-contrato ou o contrato com o que primeiro aceitar ou os que primeiro aceitarem.

A oferta é elemento do futuro pré-contrato ou contrato. Com a aceitação, isto é, a conclusão do contrato que pode ser com o que *primeiro* aceitou, extingue-se por consecução de fim.. O que aceitou, depois do que primeiro aceitou e a exauriu, ainda que dentro do prazo, ou ignorante da aceitação do outro, já aceita em vão, já a sua declaração de vontade não encontra *oferta.* A sua situação é igual à de quem aceitou tarde, ou pela expiração do prazo, ou pela revogação divulgada segundo os princípios. A retratação extingue sem consecução do fim: 4. MORTE DO OFERENTE. A regra era, no direito romano, que a *morte* do oferente extinguisse a oferta, inclusive, provàvelmente, a oferta ao público. A relação jurídica não se formou, de modo que somente declaração de vontade especial poderia fazer vinculante, após a morte, a oferta. No direito romano, assim era, e assim se resolve em muitos dos sistemas jurídicos de hoje. j,No Código Civil brasileiro? Nem a morte, nem a superveniente incapacidade extinguem a oferta, ainda se não *a fortiori* a oferta ao público. A oferta

de pré-contrato ou de contrato somente se extingue pela morte do oferente se houve *intenção contrária do oferente,* explícita ou implicita, ou, pelo menos, presumida.

Note-se, porém, que o principio de incolumidade da oferta à morte e à incapacidade de modo nenhum se estende aos casos de *restrição ao poder de dispor,* como o casamento superveniente, que torna exigível o assentimento do outro cônjuge para a alienação de bens Imoveis (aliás, teria de ser *inscrito* o estado civil ou averbado, cp. Decreto-lei n. 58, art. 11, pr. e § 2.0; Decreto a 4857, de 9 de novembro de 1939, arts. 285 e 286), e a (E. JAFOER, *Kornrnentar zur Konkursordnung.* □

5 a ed., 1, 187; E. STROHAL, Streifziige, *Jherings Jahrbiicher,* 28, *368;* contra Fa. LEONIIARO, Die Wahl hei der Wahlschuld, *Jhcrings Jabrbicher,* 41, 51, sem razão assim *de tege fere nda* como *de iege lata).*

No art. 12 do Decreto-lei n. 58, foi dito que não resolve o pré-contrato de falência, porque lhe tem de dar cumprimento o administrador da massa. Surge a dúvida quanto a se saber se essa regra especial também incide nas ofertas de pré-contrato. Argumento a favor da incidência: a oferta de pré-contrato ou de contrato não se confunde com o pré-contrato ou com o contrato mesmo, porém a vinculação é idêntica, em princípio; argumento contra a incidência: se não havia prazo, a publicidade da sentença de declaração de falência desfez a publicidade da oferta ao público; se havia, o prazo era a favor do oferente. A solução é no sentido de ter a falência eficácia quanto às ofertas *quaisquer;* não quanto aos pré-contratos e contratos bilaterais. O art. 12 do Decreto-lei nº. 58 não é *lex speciatis* em relação ao Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 48, pois disseram quase o mesmo, além de haver ressalva no art. 43, VI (—na promessa de compra-

-e-venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva‖). A diferença entre o Decreto-lei n. 58 e o Decreto-lei n.

7.661 estaria apenas em que, nesse, se fala de execução —se (o síndico) achar de conveniência para a massa‖; porém o próprio Decreto-lei n. 7.661 ressalvou, como vimos, o que se edictou no Decreto-lei n- 58.

Assim, os pré-contratos, quer os regidos pelas regras da propriedade loteada, quer os outros que se refiram à compra-e-venda de imóveis (Decreto-lei ~n. 58, art. 22), não se resolvem pela superveniência da falência e se executam ainda que não convenha à massa o cumprimento; porém não as ofertas, porque o princípio é o da relevância da falência para a extinção da vinculação obrigacional, que

o art. 48 do Decreto-

-lei n. 7.661 somente excluiu nos contratos bilaterais: —Os contratos bilaterais‖ incluídos os pré-contratos, que contratos são —não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa‖. Tendo havido, eficazmente, aceitação, não se pode pensar em oferta: o que há, desde êsse momento, é pré-contrato ou contrato definitivo, mesmo que nº ainda se tenha de informar segundo os anúncios.

CAPÍTULO VII

PRÉ-CONTRATO E REGISTRO

§ 1.460. Publicidade e sua eficácia

1. PUBLICIDADE. Um dos expedientes técnicos mais prestimosos do direito é a *publicidade.* À sua base está a presunção de que todos ou, pelo menos, aqueles a quem se dirige a declaração de vontade a conhecem. Portanto, a sua finalidade é fazer *coextensivas* a publicidade (cognição ou recepção presumida) e a eflcácia. Porém, como os efeitos *reais* são, de regra, *erga omnes,* cedo se estabeleceu a confusão, que se há de evitar, entre *realidade* do direito e *eficácia* contra todos ou terceiros. Confusão lamentável, porque: a) a compra-e-venda de mão a mão, como as que se concluem nos mercados, nos botequins, nas lojas de modas e particularmente entre duas pessoas que apenas acordaram na coisa e no preço e se entre-prestaram objeto e dinheiro, transfere o direito real (pela tradição) e no entanto o público o pode ignorar; b) o contrato de aluguer do imóvel que foi registrado tem efeitos quanto a terceiros, sem que se crie direito real do locatário.

2. TRADIçÃO NÃO É CONTRATO. A tradição não é contrato; é puro ato: o registro tornou-se forma de tradição; a sua eficácia fêz-se, para os bens imóveis, como a eficácia da *traditio brevi manu,* para os bens móveis.

No fundo, a coextensividade é de ordem lógica, e não dogmática: a eficácia *real* é coextensiva à eficacia *erga omnes* do registro, porque se trata de registro de direito *real.* Quando se regista direito que não é real, vê-se bem que eficácia do registro e eficácia diante de todos, ou de terceiros, não coincidem: há efeitos *erga omnes* do direito

§ 1.461. CATEGORIA JURÍDICA

registrado, e não efeitos *realiformes.* Se o direito é real > claro que a eficácia *erga amues* somente pode ser eficácia *erga amnes* do direito real. O direito real que tem o herdeiro, pela saisina, *existe* antes de se transcrever a sentença de adjudicação ou de partilha. Por outro lado, o direito do que comprou sob condição suspensiva, ainda que se transcreva o contrato, não se torna direito real. Para que valha *erga amnes* e como direito real, algum direito, é preciso que, antes do registro, haja os elementos. da *realidade* de tal direito. Veja Tomo X, § 1.084, 1.

3. ORIGEM E FUNÇÃO DO REGISTRO. O registro de imóveis tem sua origem no direito medieval; mais precisamente, no *testemunho judicial germânico.* Foi o remate de evolução técnica que começou pelo fingimento de litígio entre vendedor e comprador, para que se desse, judicialmente, a transcrição. Depois, passou a ser ato de jurisdição voluntária.

A *dimissio* ou *resignatio,* no sentido que teve ao tempo dos atos de alienação de imóveis em juízo, ou, depois, perante os escrivães, era a outorga *mais* a aceitação. Em texto que JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITERBO

(Elucidário, 1, 266 > citar sem a data (provàvelmente do século XIII), disse-se: —Sabham quantos êste estromento de dimitiçom virem.

Ainda não chegamos ao registro por fôlhas, uma para cada terreno; permanecem no período intermédio (francês) do registro somente cronológico.

A *fé pública* do registro deriva da publicidade da audiência, que está à sua origem, como da escritura pública.

Aliás, essa bastaria, ou bastaria nº, evitando-se a inutilidade de duas publicações, uma das quais destituída, pelo registro, da eficácia de conferimento de *realidade* ao direito, que antes. possuía.

4.AVERBAÇÃO. Averbação não é simples marcação, nem simples arquivamento para se conservar o pré-

contrato. É constitutiva, não há dúvida. Quando J. BIERMANN *(Wider-. spruch. und Vormerkung,* 184) disse que a averbação é apenas notação provisória e aludiu ao direito real a que ela se refere, cometeu duplo erro: o de confundir fim e essência (E. R. BIERUNO, *Zur Kritik*

der Iuristischen Grundbegriffe, II, 59 s.), o. que RANS

REICHEL lhe exprobrava; e o de desprover de conteúdo o instituto da averbação de pré-contratos e pretensões. A averbação não é registro declaratório, é registro constitutivo. Como a inscrição.

5.O DECRETO-LEI N. 58, ART. 59. Lê-se no Decreto--lei n. 58, art. 5$: —A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento‖.

O texto pôs juntos dois conceitos, o de —direito real‖ e o de —oponibilidade a terceiros‖; mas logo aludiu ao conteúdo desse direito a que chamou —real‖: —quanto à alienação ou oneração posterior‖. De modo que a averbação obsta a que o vendedor de lotes aliene ou onere, eficazmente, depois dela, o lote pré-contratado. Só isso.

~1.461. Qual a categoria jurídica oriunda do Decreto-lei n. 58, art. 5..?

1.DIREITOs REAIS E —NUMERUS CLAUSUS‖. Para que o direito, a que se refere o art. 50 do Decreto-lei n.

58, fosse *real,* seria preciso que, no sistema do direito brasileiro, fosse *construivel* como tal, ou que, *inconstruível* como tal no direito brasileiro até então, fosse, como criação, *construivel* em ciência do direito. No sistema do direito brasileiro até a data do Decreto-lei, não se poderia construir; e, além disso, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais se opunha à construção: —São direitos reais, além da propriedade‖, dizia o Código Civil, art. 674:

—1. A enfiteuse. II. As servidões. III. O usufruto. IV. O uso. V. A habitação. VI. As rendas expressamente cobstituidas sôbre imóveis. VII. O penhor. VIII. A anticrese.

Nº.A hipoteca‖. No sistema do Código Civil só a *transcrição* e a *inscrição* serviam à transferência ou constituição de direitos reais sôbre imóveis, salvo as exceções conhecidas (saisina, servidões aparentes, etc.). A *averbação,* de modo nenhum. Isso não quer dizer que só direitos reais se possam transcrever ou inscrever.

2.EFICÁCIA DA AVERBAÇÃO CONFORME O DECRETO-LEI N. 58, ART. 5.~. Temos de ver, portanto, o que é que *a averbação* do art. 59 do Decreto-lei n. 58 produz e se, com essa eficácia que a lei nova lhe dá, é construível o *direito real,* a que o seu texto, por sugestão alienígena, pouco recomendável, alude.

Em linhas gerais, a averbação segundo o Decreto-lei n. 58, art. 5$, confere ao que obteve o pré-contrato a *oponibilidade a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior,* porque ~ isso o que se promete no texto do Decreto-lei n. 58, art. 5.~', *verbis* —oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior‖. Não é a averbação que estabelece a transmissibilidade, entre vivos ou a causa de morte (art. 8.0), da pretensão contra o pré-

contraente vendedor e da pretensão emanada da averbação (oponibilidade quanto à alienação ou onerações posteriores) ; nem é a averbação que permite a transferência facilitada segundo o art. 13 (—O contrato transfere-se por simples trespasse lançado no verso das duas vias, ou por instrumento separado, sempre com as formalidades dos parágrafos do art. 11‖). Tais efeitos são os da *inscrição* do loteamento e peculiares aos pré-contratos de compra-e-venda sôbre lotes

Temos, assim, bem delimitado o problema.

§ 1.462. Oponibilidade a terceiros, alienações e onerações

1.CONCEITO DE OPONIPILIDADE A TERCEIROS. Os três conceitos é que constituem os *elementos lógicas* com que se há de trabalhar. Não há outros.

A *oponibilidade a terceiros* ~ a eficácia, que se confere a algum negócio jurídico (ou fato jurídico), quanto a quem não é sujeito na negociação. O conceito implica o de extensão a outrem, que é, aí, quem quer que possa ser interessado fora do outorgante (*primus)* e do outorgado *(secundus) :* outrem, aí, é o *tertius.*

2.CONCEITO DE ALIENAÇÃO. Alienação, no sentido do art. 5.~ do Decreto-lei n. 58, é qualquer saída do patrimônio de A para o de outrem *(tertius).* Aliás, o art. 9□O já estabelecera, a respeito do *primus,* a sucessão completa *(verbis* —subroga-se nos direitos e obrigações dos alienantes, autores da herança ou testadores, sendo nula qualquer

disposição em contrário‖).

Porém o efeito segundo o art. 5º do Decreto-lei n. 58 é mais preciso, porque não se refere somente à linha A *(primus)* a C *(tertius),* mas à linha A a.C e a D e à alienação da terra como loteada, ou de grupo de lotes, ou definitiva, em vez de pré--contratual.

3. ONERAÇÃO. Oneração é qualquer constituição de direito real (enfiteuse, servidão, usufruto, uso, habitação, rendas sôbre imóveis, anticrese, hipoteca) e de constrição da propriedade (arresto, penhora, etc.). Isso já nos mostra ponto de alta relevância jurídica: o lote, que foi pré-contratado, não pode ser penhorado por dívidas do loteador pré-contraente, porque a averbação o imuniza a onerações. Nem seqUestrado.

O que pode ocorrer é que o credor *(tertius)* do *primus* (loteador) proponha a ação de fraude contra credores, anulatória (Código Civil, arts. 106-113), se o devedor pré-contratou já insolvente ou reduzindo-se à insolvência, com as eventualidades dos arts. 108, 112 e 113, parágrafo único. Porém, ainda aí, a ação supõe a cognição da insolvência pelo pré-contraente comprador, *secundus.*

4.ALIENAÇÃO E DISPOSIÇÃO. Alienação é menos do que disposição. ~ O art. 5~0 do Decreto-lei n. 58

imuniza quanto a eficácia de todos os negócios jurídicos ou atos jurídicos de disposição; ou, tão-somente, dos atos ou negócios jurídicos de alienação? Também aí o Decreto-lei não viu que a renúncia e o abandono estariam excluídos; e não estão. Sôbre êsse ponto, HANS REICHEL (Die Vormerkung, *Jherings Jahrbilcher,* 46, 109).

Entenda-se, pois, disposição.

5.O QUE É QUE A AVERBAÇÃO CONFERE. Da análise que acima se fêz somente resulta que a averbação confere a *oponibilidade do negócio juridico a terceiros quanto às alienações e onerações posteriores.* Noutros termos: a inalienabilidade e a inonerabilidade relativas, pois o bem pode ser alienado e onerado; apenas essas alienações e onerações não podem ter efeitos em relação ao pré-contrato averbado. Que se trata de inalienabilidade relativa, não há dúvida: o Decreto-lei n. 58 não disse, quanto a esses pré-contratos, que a averbação deles tornaria

inalienáveis os lotes que deles fossem objeto (compare-se com o art. 3$: —A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres, constantes do memorial e da planta‖, inalienabilidade absoluta); mas, tão-só, que a averbação tornaria oponivel a terceiros o pré-contrato, —quanto à alienação ou oneração posterior‖. Oponível; não, impeditivo de validade. Essa expressão —oponível‖, como as demais

—inoponível —, ═ < oponibilidade‖, —inoponibilidade‖, etc., são típicas de alusão à *eficácia,* e não à *validade,* ou à *existência* dos negócios jurídicos. Exemplos: exceções inoponíveis, oponibilidade do contrato.

Se a eficácia de oponibilidade quanto a alienações e onerações posteriores exaure o que ao negócio jurídico confere a averbação, então a categoria jurídica da figura do art. 59 do Decreto-lei n. 58 é apenas a de *inolienabilização relativa,* oriunda da averbação. Nesse caso, a expressão —direito real‖ que veio no art. 5.~ do Decreto-lei n. 58, proveniente de trafego legislador estrangeiro, que o brasileiro copiou sem meditação, não passa de lapso, de inexatidão de técnica e de terminologia, porque se deu o nome sem se dar o conteúdo.

Vejamos se a inalienabilidade relativa é explicável ou *(a)* como *obligatio in rem acripta,* ou *(b)* como direito real *stricto seneu* (ius in re), ou (c) como jus *in re aliena,* ou *(d)* como *ius ad rem,* ou *(e)* como de direito real de aquisição, ou (1) se há, apenas,. inalienabilidade relativa, em proveito de direito de obrigação.

§ 1.463. —Obligatio tu rem scrlpta‖?

1.O Érnto DE. H. OBERNECK. A inalienabilidade relativa não se confunde com a *obligostio in rem acripta,* e foi êsse H. OBERNECK *(Reichsgrundbuchrecat,* 1, 450). Se se tratasse de *obligatio in rem scnpta,* as alienações pelo pré-contraente vendedor seriam eficazes e ao último adquirente é que caberia o dever de cumprir a pretensão do pré-contraente comprador que averbara o seu pré-contrato de compra. Ora, exatamente não é isso o que se dá: o direito dele é —oponivel a terceiros quanto à alienação e oneração posterior 2.SUCESSÃO NA PROPRIEDADE E SUCESSÃO NA OBRIGAÇÃO.

O sucessor da obrigação derivada do pré-contrato tem de responder, mas não se confunde com Ele a pessoa que lhe sucedeu no lote ou nos lotes não na empresa sem aSsumir a obriga$o de contratar. O conteúdo do art. 99 do Decreto-lei n. 58 revelar-nos-á, melhor, a

diferença.

I 1.464. Direito real?

1.INÀLIENABILIDADE E INONERABILIDADE RELATIVAS. A inalienabilidade e a inonerabilidade relativas, que o Decreto--lei n. 58, art. 5,0, criou, tão-pouco é direito sôbre a coisa (direito real), construção que se chocaria com a tradição do nosso direito e com a própria dogmática do direito ocidental. No começo do século W.

OTHMER <*Dze rechtliche Wirkung der Vormerkung,* 67 e 80) pretendeu assimilar a situação jurídica do beneficiado pela averbação com a do beneficiado pelo titulo definitivo. Mas, se assim fosse, o direito do titular do pré-contrato já seria o domínio, sendo excrescência, superfluidade, o negócio jurídico *posterior:* a escritura definitiva não passaria de *bis in idem.* Não se compreenderia que se averbasse o que já se poderia transcrever. W.

OmMmt apenas apresentou a eficácia da averbação como exceção à eficácia completa da transcrição. Isso está certo; porém certamente não basta à categorização jurídica.

2.A CONSTRUÇÃO COMO PROPRIEDADE SOB CONDIÇÃO SUSPENSIVA. Também E. FUCHS

(Grundbuchrecht, 1, 212;e nos *Gruchots Beitrtige,* 46, 561), seguindo a J. BOHM *(Das moterielie und formeile Reichsgrundbuchreeht,* 44) recorreu à noção de propriedade sob condição suspensiva; porém êsse domínio sob condição suspensiva seria dificilmente construivel e, no direito brasileiro, de modo nenhum (Código Civil, arts.

118,. 647 e 648). Demais, a condição seria a . transformação em direito definitivo *(Mc);* portanto, a negação mesma da existência de domínio. Compreende-se que cedo a doutrina houvesse repelido essa explicação.

3.O DIREITO REAL ACESSÓRIO, SEGUNDO KONRAD COSACK.

Foi *(Lehrbuck,* II, 6.~ ed., 24 a.) quem Pensou em *direito real* acessório, porém a sua opinião permaneceu sem seguidores, tanto mais quanto 0k-mesmo duvidava de se tratar de direito sobre a coisa, e aderiu a MÂRnN Woin *(Lekrbuch,* II, *1, 4.*" e 5' ed., 123).

4.CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS POR SUA EFICÁCIA.

O conceito de *direito real* depende ou *a.)* de se ter considerado —realidade dos direitos‖ a eficácia da pretensão e da ação real *(actio in rem),* de modo que se classifiquem os direitos por sua eficácia; ou *b)* de se ter considerado

—realidade dos direitos‖ a simples oponibilidade a terceiros. Não se pode adotar, indiferentemente, um, em vez do outro conceito, porque não são coincidentes. Há eficácia de oponibilidade a terceiros que nada tem com a realidade do direito; e há direitos reais que ainda não têm completa oponibilidade, como se dá com o domínio do que consta indevidamente do registro e o do usucapiente que ainda não registrou a sentença que lho reconheceu.

A evolução do conceito não foi sem curvas, sem vacilações. Os direitos reais são espécie de direitos eficazes contra todos, absolutos; porém nem todos os direitos absolutos, eficazes contra todos, são direitos reais. Esses não exaurem a classe dos direitos que têm eficácia *erga omnes.* Direitos de família são *erga. omnes,* absolutos; os direitos de liberdade, de igualdade, de democracia, quando são, assegurados de verdade, são absolutos, eficazes contra todos. Veja Tomo VII, §§ 727, 784, 1, 736, 1, 737, 1, e 743.

5.A GLOSA. A Glosa tendeu a definir o *ius in re* por sua eficácia, pela *actio in rem* (A. E. J. THIBAUT, *Versuche,* II, 2, 30). Onde está a coisa, a *actio in rem* a vai buscar, em vez de se pedir a condenação do devedor a dar, fazer, ou restituir. Segundo os glosadores, portanto, falar em direito real seria falar em *reivindicabilidade.*

Tudo dependeria, portanto, da definição de reivindicação. Mas isso foi suplantado.

6.QUAL SERIA O DIREITO REAL, SE O HOUVESSE. O direito real, se o pré-contraente comprador o tivesse, não poderia ser o domínio, pois não houve, *ex hypothesi,* transferência do domínio; e, ainda que tenha havido entrega da pesse, é preciso ter-se sempre em vista que a *traditio,* assim no direito romano como em direito canônico, sempre foi causal. É inseparável da causa e o pré-contraente, por isso mesmo que somente pré-contratou, não contratou a compra-e-venda, não transferiu. O titulo (ou causa) da promessa de compra-e-venda ainda que fosse o que 3. VOET definia a *causa habiis ad domindum trans)*‟ *e-rendum.* Se fosse, título *mais* tradição (registro) seria transmissão; e não no é. HÁRTOLO DE SAXOFERRATO, dizia: —Dominium alicuius

rei ex simplici conventione non transfertur absque traditione‖. Na promessa de compra-e-venda, nem a convenção, nem a tradição, junta à convenção, transfere o domínio.

Nem se traga à discussão a *longaeva exactio,* que foi a ação real que se criara, a favor da Igreja e de entes pios, nos casos de compra-e-venda, doação e outros negócios jurídicos que precisariam da tradição, antes ou ainda que essa não se operasse. —Mirabile‖ 1 gritava HÁRTOLO DE SAXOFERRATO. Tratava-se de privilégio, conforme sempre frisaram os glosadores da L. 23, O., *de sacrosanctis eccieslis,* 1, 2; e depois, jurisconsultos, com a prudência, a circunspecção e o rigor de PAULO DE CASTRO *(Commentarii,* ad L. 18, O., 1, 2, n. 1).

7.CONFUSÃO DO LEGISLADOR. A alusão a direito real nasceu, em quase todos os escritores menos espertos, de confusão entre o direito~ que se quer adquirir com o contrato, e o direito, que se adquire com o pré-contrato.

Põe-se no presente, como se realizado estivesse, o que é apenas fim, —profecia‖. Real vai ser a transformação, porém não há *ainda* transformação. Apenas há —germe‖ de direito real (TURNAU-FÕRSTER, *Das Liegenschaftsrecht,* 2.~ ed., 1, 471). Ainda não há direito real; há, apenas, a pretensão a êle, que a averbação assegura *(=* dá eficácia) perante terceiros. É pretensão à modificação do direito, à constituição do direito real, não o próprio direito real.

§ 1.465. —bis in re aliena‖?

1.DIREITOS REAIS EM COISA ALHEIA. DIREITO ROMANO. IDADE MÉDIA. j,Será o direito —real‖, a que se refere o art. 59 do Decreto-lei n. 58, direito real em coisa alheia *(ius* ~fl *Te aliena)?*

Para o direito romano, os direitos reais eram quatro:

superfície, enfiteuse, servidão e penhor, que era direito à alienação da coisa e utilização do valor de troca. A lista cresceu, na Idade Média. Depois, restringiu-se. O sistema do *numerus Cfrnzsus* frissou-se.

O bem, que é objeto do pré-contrato do Decreto-lei n. 58, art. 5□0, ainda pertence ao pré-contraente vendedor. ~

Seria o *ius in re aliena* construível, nos casos do art. 5,07

2.PRÉ-CONTRATO E DIREITO REAL. As pretensões e ações do pré-contrato não são as do contrato e seriam inconstruiveis como pretensões e ações reais. Não se reivindica o bem, antes de se obt~r o contrato, O contrato é que confere, com a *transcrição,* o direito real.

§ 1.466. —lus ad rem‖?

1.2.QUE É —RIS *AD* REM‖? Será o direito a que se refere o art. 59 do Decreto-lei n. 58, um *jus ad Tem?* Mas

~que *é jus ad Tem?* W.VON BRt>NNECK <*tiber deu Ursprtng der sogenannten* jus ad rem, passim) sustentou que as fontes romanas conheciam essa terceira espécie; mas C. Ii'. ROSSHIRT *(Dogmengeschichte* 186>, A.

lIzust~mt *(Institutioneu,* 1, 380 s.), e O. VON GIERRE *(Deutsches Privatreoht,* II, 610) mostraram que o direito romano ignorou o conceito. Nasceu no direito canônico, que, segundo REnurrus, na obra *Revetitiones,* via *jus ad rem* nas aquisições sob condição suspensiva. Ponto Esse assaz interessante para quem comente o art. 118 do Código Civil. Quem quer que tivesse o que hoje se chama direito formativo gerador teria ius *ad rem,* porém não *in re.* Certo, isso de nada nos valeria para resolvermos se o direito do promissário comprador é real ou pessoal, pois o direito comum europeu o concebeu sempre como pessoal (C. E. ROSSHIRT, *Dogmengeschichte,* 186).

2.O. VON Gnn E H. O. LEHMANN; H. DERNBURO. A concepção do direito averbado como *jua ad rem* agradou a O. VON GIEItKE *(Die Bedeutung des Pahrnisbesitzes,* 21) e a H.LERMANN (ENNECCERUS-LEHMANN, *Das Euirgerliche Gesetzbueh,* II, 44). Depois, a H. DERNEURO, mas estava claro que aludia à efetivação da pretensão, permanecendo direito pessoal contra o obrigado.

3.O DIREITO EXPECTATIVO DE E. ZITELNANN E LEGITIMAÇÃOÁ AQUISIÇÃO DE L. ENNECCERUS.

O chamado *jus ad rem* também é proteção de direito pessoal, razão para a confusão com o instituto do art.~ 5,0 do Decreto-lei n. 58; porém isso não basta à assimilação. O direito pessoal do pré-

contraente comprador é direito à aquisição de direito, que coincide,

esse, ser resi. No fim do século passado, L.

ENNECCERUS *(Rechttgeschttft, Bedingurto und Au)*" *angatermiu,* 615) falou de autorização ou legitimação à aquisição *(Er~werbsberechtigung).* Depois E. ZITELMANN *(Internationales Privatrecht,* II, 50) empregou direito expectativo *(Ánwtwtsch ftsrecht).* Por sua natureza, o direito ou a pretensão à aquisição, espécie de direito de expectativa, não é real. Às vezes o que se espera, o que expecta, é o direito real. Num desses casos está o do art. 59

do Decreto-lei n. 58, que é direito de expectativa à aquisição, tornado oponível, pela averbação, a terceiros, quer quanto à alienação posterior, quer quanto à oneração posterior. O que vai ser *real* é a transformação futura.

4.O DIREITO QUE SE AVERBA E O DIREITO QUE SE VAI ADQUIRIR. O direito que se averba é direito que existe por si. Não há, na averbação, antecipação de direito: não há, ainda, qualquer alteração *real;* tanto quanto não é direito *real* o que enurge com o arresto, nem com o seqUestro. Nem a averbação onera o bem, nem o grava. A inalienabilização relativa dirige-se a terceiros, para lhes cortar a eficácia dos negócios jurídicos de aquisição e oneração.

5.EFICÁCIA DA AVERBAÇÃO. A averbação do pré-contrato no livro do registro de imóveis apenas se serve de *inserção* dos lotes para assegurar, em eficácia negativa (defensiva), a pretensão pessoal. Da averbação não provém *direito;* dela provêm *oponibilidade* de direito ou pretensões já existentes.

§ 1.467. Direito real a adquirir?

1.EM QUE PODERIA CONSISTIR O —DIREITO REAL‖ DO DECRETO-LEI N. 58, ART. 5,0, Se o direito, a que o art. 5,0 do Decreto-lei n. 58 chama —real‖, entrasse na classe dos direitos reais, claro seria que se teria de conhecer, primeiro, em que consistiria Esse direito real. Não é em fruir, nem em usar, nem em dispor. ~ Seria *direito real a adquirir?* Ora, o Decreto-lei n. 58, art. 16 (Decreto n. 8.079, art. 16) dá a ação para a outorga da escritura de compra-e-venda. Isso nada tem de peculiar à realidade do direito. O próprio art. 1.006 do Código de Processo Civil estende a ação a qualquer prestação de declaração de vontade, e de modo nenhum separou a promessa de compra-e--venda. Por outro lado, não é da averbação que surge a ação do art. 16, nem a

do art. 1.006

do Código de Processo Civil.

2.CONCEITOS À AQUISIÇÃo DA PROPRIEDADE. L. ENNECCERUS *(Lehrbuch,* ~, 133-14Y ed., 1. parte, 174) pôs o direito oriundo da averbação na classe dos direitos à aquisição da propriedade, melhor das legitimações reais a adquirir, expressões equivocas que põem no *presente* a qualidade *futura* do direito. Ninguém se há de levar pela confusão entre ter direito real e ter direito ou pretensão a obter direito real. Trata-se de direitos de modificação jurídica; mais especialmente: de direitos de aquisição. ENNECCERUS não disse que são direitos reais, porém que são chamados direitos —reais‖. Ora, o direito, de quem caça, a adquirir o que caçar, ainda não é real: adquirida a caça, então sim, é real o direito, mas êsse direito adquirido é o domínio mesmo.

3. OS DIREITOS DE ASSEGURAÇÃO SEGUNDO K. HaLwía. O mesmo raciocínio crítico havemos de fazer ao

—direito *real* de asseguração‖, segundo o conceito de K. HELLWIG < *Wesen UM sub jektive Begrenzung der Rechtskraft,* 254 s.).

§ 1.468. Inalienabilidade relativa

1.O CONCEITO DE —RESTRIÇÃO RELATIVA‖ DO PODER DE DISPOSIÇÃO. ~ O que o art. 5,0 estabelece é, tão-só, *restrição do poder de disposição,* restrição negocial, como a das cláusulas de inalienabilidade apostas em testamento ou outros negócios jurídicos. Ainda que o direito conheça alguns casos, é excepcional, anômala (cf. L.

RAAPE, *Das gesetzlich,e VerÉiusserungsverbot,* 2 e 22 s.). O terceiro, que pré-contrata para adquirir, ou que adquire, está advertido da restrição à alienabilidade do bem imóvel. Ninguém diria que a cláusula de inalienabilidade que grava o bem da herança, proibição absoluta, é direito real; *a fortiori,* a inalienabilídade oriunda da promessa, que é relativa. Uma das conseqüências disso está em que não há ação executiva ou reivindicatória do que teve registrado o seu direito. As pretensões, que lhe assistem, são perante o registro: registabilidade do seu título definitivo; ineficácia do registro de títulos de outrem; ataque

dos registros de títulos de outrem se foram feitos contra a averbação.

De modo que a diferença entre o *direito oriundo da averbação* e a *inalienabilidade absoluta dos bens* está, apenas, em que ali há direito com sujeito de fácil percepção e a inalienabilidade é particular, qualificada (L. RAAPE, *Das gesetzlich,e Verãusserungsverbot,* 109; Voss, tber das Verhãltnis zwischen relatívem Verãusserungsverbot und Vormerkung, *Jh.erings Jah.rbiicher,* 60, 841). Toda a eficácia da averbação emana do livro de registro; e dele emana, enquanto não se cancele, ou se anule, ainda que não corresponda à verdade.

2.EFICÁCIA DA AvERBAÇÃO E CONCEITO DE HANS REICHEL.

Na averbação segundo o Decreto-lei n. 58, art. 52 (Decreto n. 8.079, art. 5º, há o que HANS REICHEL (Die Vormerkung, .*Therings Jahrbiicher,* 46, 66 > bem. caracterizou: o ato registário que profetiza futuro estado jurídico. A averbação do art. 5,0, de que trata o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 287, alude a *mutatio rerum futura,* tende à segurança de aquisição de direito e, em vez de registar *direito,* regista *pretensão.*

O direito real, que se espera, nas promessas de compra-e--venda, foi pôsto num segundo tempo, em vez de se fnºar num primeiro tempo, como o direito real a que se vincula o outorgante vendedor, nos acordos de transmissão.

Nesses, o comprador pode providenciar para que se transcreva o título. Nos pré-contratos de compra-e-venda, não: nenhum promissário comprador pode obter transcrição do seu título; somente espera o contrato futuro de comprae-venda: êsse direito é *averhável,* não *transcritivel.* Depois, quando se fizer o acordo de transmissão, ou quando o juiz der sentença executiva da obrigação do promitente vendedor, então, sim, lhe surgirá a pretensão à transcrição, que ficou pela cisão que a criação dos pré-contratos implicou em *segundo* tempo.

8. PROTOCOLIZAÇÃO. Quando se protocolíza alguma transcrição, ou inscrição, quer-se que se substitua algo nôvo, mas já feito, a algo velho; quando se protocoliza, ou se averba ereto n. 4.857, de 9 de novembro de 1889, art.

178, a), XIV) o pré-contrato, o algo nôvo que se vai substituir a algo velho ainda não se fêz: é algo que virá depois, formal e materialmente nôvo.

A pretensão à transmissão, que resulta de pré-contrato de compra-e-venda de lotes, não faz nascer direito real; a sua eficácia é a de inalienabilização relativa, de impedimento no registro à eficácia de transcrição de outro título de aquisição que êsse que se profetiza.

4.NÃO HÁ DIREITO REAL NO DECRETO-LEI N. 58, ART. 5º.

A averbação segundo o art. 59 do Decreto-lei n. 58 não é direito real, nem o produz. Apenas serve à proteção de *retensão pessoal,* de modo que sina de segurança da sua realização, no sentido da efetiva pretensão pessoal. A relação entre o pré-contraente vendedor e o pré-contraente comprador é obrigacional, *contratual;* e continua de o ser, após a averbação. Não se faz, com ela e após ela, relação de direito das coisas. Por isso mesmo, somente atinge aqueles que, contra a advertência da averbação, adquirem o bem cujo registro foi averbado, ou pré-contratam, após outrem, a sua compra.

Os posteriores adquirentes ou pré-contraentes adquirentes são sujeitos passivos de pretensão que nasce da averbação. Não podem eles opor-se a que o contrato se faça. É a data da averbação que marca a eficácia, exatamente porque se trata de eficácia, perante terceiros, de *oponibilidade.*

A eficácia que adquiriu o direito do pré-adquirente, oriunda da averbação, não é direito acessório do direito contratual perante o pré-contraente vendedor. Permanece enquanto não se cancela a averbação, ainda que se tenha extinto o direito que lhe dera o pré-contrato. A respeito vale a pena ler-se o que escreveram L. ROSENEERO

(Sachenrecht, 834), A. VON TIJHR *(Der Áligemeine Teu,* 1, 206 s., 236) e O. PREDARI *(Grundbuchprdnung,* 211). A diferença entre as duas soluções é de grande alcance técnico e prático. A averbação não contém presunção da *existência* da relação contratual entre o pré-contraente vendedor e o pré-contraente comprador (ct. J.

BIERMANN, *Widerspruch und Vormerkung,* 108).

Porém tão-pouco é *direito.* A extensão da eficácia de um direito não é, só por si, direito nôvo.

Se há alguma violação do direito do pré-contraente vendedor, nascem-lhe ações, tendentes às prestações e à asseguração da eficácia do registro, porém *nenhuma* dessas ações é ação real: tOdas são ações pessoais, todas são ações que se ligam ao fato da pretensão a contratar

ou à oponibilidade do registro a quem quer que seja.

5.PRETENSÃO DO PRÉ-CONTRAENTE. A regra é que a pretensão do pré-contraente adquirente seja presente e incondicional. A lei não proibe, porém, que se registe a compra-e--venda sob condição suspensiva (não, porém, no registro de imóveis), porque há direito condicional à transmissão; e, no caso de condição resolutiva, que se transcreva a aquisição e averbe, a favor do vendedor, o direito condicional à retransmissão.

§ 1.469. Direito ou pretensão?

1.ATRIBUIÇÃO DE DIREITO? O art. 59 do Decreto-lei n. 58 diz que a averbação —atribui direito‖. A averbação não atribui direito, nem pretensão. A averbação confere *eficácia quanto a terceiros,* no que concerne às alienações e onerações futuras. O próprio art. 59 é que o enuncia. Faltou-lhe, apenas, terminologia técnica. A pretensão, ou o direito, que emanou do pré-contrato, é que tem estendida a terceiro, pela averbação, a sua eficácia.

2. AVERBAÇÃO QUE NÃO CORRESPONDE À VERDADE. Se a averbação não corresponde à verdade, tem-se a ação de retificação. Se *já* não corresponde à verdade, a de cancelamento. A retificação é proponível pelo prejudicado pela averbação (Código Civil, art. 860). O cancelamento rege-se pelos artigos 288-296 do Decreto n.

4.857, de 9 de novembro de 1939.

A violação dos direitos que nascem do pré-contrato e da averbação (extensivamente) não produz ação real. A coisa sObre que versou o pré-contrato (—sôbre que versou‖, não —que foi *objeto* do pré-contrato‖, porque objeto desse foi a promessa de contratar), a coisa que o promitente comprador espera que se lhe venda, não pode ser *reivindicada* pelo promitente comprador; por onde bem se vê que *ainda* não tem êle direita real. Primeiro tem êle de ir a juízo obter a execução *forçada* da obrigação do devedor.

§ 1.470. Cláusula de inalienabilidade e inalienabilidade relativa 1. ABSOLUTO DAS CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE. A cláusula de inalienabilidade é absoluta, porque o dono do bem não pode transferi-lo a quem quer que seja. A inalienabilidade relativa do art. 59 do

Decreto-lei n. 58 só retira. a eficácia da alienação a outrem e só opera a favor do pré

-contraente comprador cujo pré-contrato foi averbado. A proibição de alienar a outrem já consta do pré-contrato; a averbação *estende-lhe* a eficácia. Não há proibição nova. Seria erro, por isso mesmo, conceituá-la como proibição oriunda da averbação. A averbação apenas alarga o campo da eficácia do negócio jurídico. A averbação não contém, sequer, *outra* declaração de vontade; é apenas expansora da irradiação negocial.

2.PROVISORIEDADE DA AVERBAÇÃO. A provisoriedade da averbação não se confunde, tão-pouco, com a *temporariedade* da inalienabilidade absoluta: essa existe durante certo tempo, e cessa, sem que outro registro a substitua; aquela é substituida pela transcrição do título definitivo ou pelo ato divestitivo do beneficiado. A inalienabílidade relativa do art. 59 tem um fim;

o fim da inalienabilidade absoluta está nela mesma. De modo que o fim não define~nem caracteriza a oponibilidade da eficácia segundo o art. 5º, Trata-se de registro provisório de direito ou pretensão a adquirir (direito ou pretensão de expectativa de compra-e-venda), que produz oponibilidade de tal direito, ou pretensão, a terceiros.

3. INALIENABILIZAÇÃO SEGUNDO O ART. 3,0 DO DECRETO- -LEI N. 58. A inalienabilização que resulta da *inscrição* do loteamento quanto às vias de comunicação e os espaços~ livres é *absoluta.* Não se confunde, pois, com a inalienabilização relativa que resulta da *averbação.* Aquela é *ex lege* (Decreto-lei n. 58, art. 8.0: —A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta‖).

A diferença de tratamento é enorme, porque a compra-e--venda do bem inalienável é ineficaz, quem quer que seja o comprador, inclusive contra o possuidor com tempo que *seria* suficiente para usucapir.

§ 1.471. Eficácia da averbação

1.INEFICÁCIA DOS ATOS DO PRÉ-CONTRAENTE VENDEDOR. Quanto à eficácia da averbação dos lotes pré-contratados, tem essa, *em primeiro lugar,* o efeito de garantir a possibilidade de se cumprir a prestação do pré-

contrato, tal como existia a pretensão ao se proceder à averbação. O pré-contraente vendedor não fica privado de negócios jurídicos que atinjam os lotes cujos pré-contratos foram averbados; apenas são eles relativamente ineficazes, pois só são ineficazes a favor do pré-contraente cujo pré-contrato, foi averbado e no que fira pretensão dele.

Aqui, vale a pena responder-se a Ta. Knq', em nota a B. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* 1, 482) : a ineficácia não é só relativa objetivamente (ineficácia dos negócios posteriores incompatíveis com o averbado); é também subjetivamente relativa (em relação ao que obteve a averbação). E aí está a diferença entre a *cláusula* (absoluta) de *inalienabilidade* e a *inalienabilização* (relativa) segundo o art. 59 do Decreto-lei n. 58. O titular do direito à compra-e-venda é que tem, com a averbação livre, o caminho no registro de imóveis; livre para êle, e ineficaz para os outros. Trata-se de expediente técnico para se evitar a *impossibilitação* da prestação do devedor, pré-contraente (cf. O. SEKLF.R, *Die Lehre von der Vormerkung,* 250). Assim, A. pré-contrata, como outorgante, a venda do lote n. 1 a B, que faz averbar-se o pré-contrato. Se A vende o lote a C, ainda que o oficial do registro de imóveis transcreva o título de C, perante B é retificável. Para B, A continua de ser o proprietário e o título que A lhe passe, ou o que lhe provenha de sentença, será transcrito. A averbação evitou que se tornasse impossível o cumprimento da obrigação do promitente-vendedor. A conseqüência de tal construção, que é a que a ciência conseguiu para os casos de inalienabilidade relativa, é que, se o titulo de B fôr julgado nulo, ou por outro motivo se lhe cancelar a transcrição, a transmissão a favor de C terá eficácia absoluta. Dá-se o mesmo quanto à inscrição de direitos reais de garantia a favor de O ou de D (MEISER, Pie Vormerkung des Auflassungsanspruchs, *Gruehots Reittttge,* 57, 595).

2. CONTEUDO DA EFICÁCIA. Se houve transcrição, ou inscrição, o titular de direito à compra-e..venda pode exigir a realização da sua pretensão como se não tivesse ocorrido a transcrição ou inscrição posterior, O pré-

contraente vendedor está obrigado a contratar e a consentir na transcrição; e a sua obrigação não desaparece porque outrem vendeu o lote, ou êle mesmo, de má fé, ou não, o vendeu a terceiro.

3.O DIREITO DO PRÉ-CONTRATO, COMPRADOR CONTINUA DE SER

OBRIGAÇÃO O direito, que a averbação reforçou com a inalienabilidade relativa, fazendo-o —oponivel a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior‖, continua de ser *obrigação* direito de crédito, e não‘ *direito real,* como o edifício A continuaria de ser edifício se o legislador de 1937 e de 1938 se tivesse aventurado a decretar que seria plantação, ou que a plantação seria edifício, O que se passou foi o erro enorme de copiar o legislador do Brasil, pais que sempre teve responsabilidades de cultura jurídica, leviandades de legisladores alienígenas. Cópia, ainda bem, somente de expressões.

O art. 59 do Decreto-lei n. 58 também protege, com a averbação, em relação a terceiros, o direito do pré-contraente comprador quanto às onerações posteriores. O loteador pode gravar e conseguir que se inscreva, a favor de outrem, o gravame, porém será ineficaz perante o que *antes* conseguiu a averbação do seu pré-contrato.

O direito do pré-contraente é direito a ═adquirir o lote; a sua pretensão é a de contratar compra-e-venda e a acOrdo de transmissão. Nada obsta a que se trate de pré-contrato fiz *fctvorem tertii* (Código Civil, arts. 1.098-).

4. EFICÁCIA HIPOTÉTICA Note-se que a eficácia da averbação é apenas *hipotética,* para o caso de algum terceiro adquirir, ou vir a ter direito sObre o lote. A sua relatividade é evidente: opera a. favor do que conseguiu a averbação, e não a favor do pré-contraente vendedor. Esse não pode alegá-la. Ao pré-contraente comprador é permitido renunciar a ela, transigir quanto a ela, etc., sem que isso tenha influência quanto à relação entre êle e o pré-contraente vendedor. Daí falar-se em ineficácia relativa das alienações ou onerações posteriores ou da eficácia relativa da averbação.

§ 1.471. EFICÁCIA DA AVERBAÇÃO

Se o loteador hipoteca o lote, sem assentimento do pré-contraente comprador, a hipoteca *vale,* porém enquanto não foi cancelada a averbação é *ineficaz* quanto ao pré-contraente comprador. A diferença entre *existência, validade* e *eficácia* é fundamental em direito. O direito do loteador ao lote pré-contratado é executável, porém o adquirente ao lote adquirido lote pré-contratado, tal como está na averbação. O nOvo pré-contraente pode exercer a sua *pretensão, à escritura definitiva,* inclusive pagando de uma vez as futuras prestações, porém a compra-e-venda, como o pré-contrato, seria ineficaz *contra* o pré-contraente que fizera averbar o pré-contrato.

5. EFICÁCIA NEGATIvA. (a) A eficácia da averbação ═do art. 59 do Decreto-lei n. 58 é *inalienabilizante,* portanto, eficácia *negativa;* ao mesmo tempo é apenas negativa da *eficácia,* não da *validade* ou *da existência* de *outras* alienações ou onerações. Não se disse que as alienações e onerações posteriores seriam anuláveis, ou nulas, ou inexistentes; disse-se que o pré-contrato, com a averbação, seria oponível a terceiros quanto às alienações e onerações posteriores. £ diferente. Meio de segurança, a averbação é defensiva (BANE REICHEL, Die Vormerkung, *Jherings Jahrbiicher,* 46, 107); portanto, negativa. Essa negatividade, essa oponibilidade, reforça a pretensão: imuniza-a; protege-a,

Desde a averbação, estabelece-se a ineficácia hipotética das pretensões dos terceiros fundadas em negócios jurídicos contra nº que conseguiu, antes deles, a averbação. Foi o que BANE REICHEL denominou a *fOrça de elisão* (Elisionskraft) da averbação. A *imunização,* ou *eficácia imunizante,* como preferimos chamar, não protege o titular do direito à aquisição contra as aquisições *ex lege;* por exemplo, contra a usucapião, ou a desapropriação.

Não impede a comercialidade dos lotes, corta a eficácia dos negócios que importem em alienação a outrem ou que importem em onerações. Impede mesmo a eficácia de alienação ao próprio pré-contraente comprador, se a título diferente, até que êsse renuncie à imunização que a averbação produziu.

6. A pretensão do pré-contraente Comprador ao cumprimento do que se prometeu é *prescritivel.*

Trata-se de pretensão pessoal; e pessoais são as ações. Se o direito oriundo da averbação fosse autonomo e real, não prescreveriam as pretensões; em verdade, porém, a averbação apenas estende a terceiros a eficácia do negócio jurídico averbado.

7. TRANSFERÊNCIA DO PRÉ-CONTRATO. A transferência do pré-contrato tem efeitos quanto ao pré-

contraente vendedor desde a sua ciência, ou desde a averbação: a transferência só tem efeitos quanto a terceiros desde a averbação, salvo se se trata de *tertius* que deve ter ciência dela.

8. NULIDADE. Nula a inscrição do loteamento, por exemplo, o pré-contrato é pré-contrato de *parte* do terreno, e não do *lote.* Se o lote não existe mais *(e.* g., foi desapropriado), a aquisição é impossível, mas sObre o preço tem direito o loteador, e não o pré-contraente, que pode exercer a sua pretensão segundo o Decreto-lei n. 58, art. 12, *§*

1.0 (por analogia) : restituição das prestações recebidas, com os juros convencionados ou os da lei, desde a data do pagamento.

§ 1.472. Contrato de opção e direito formativo gerador

1.CONTRATO DE OPÇÃO E AVERBAÇÃO. ~O *contrato de opção* de compra de bem imóvel gera *direito de aquisição?* Se gera, trata-se de *direito formativo gerador,* e não precisa o _optante de qualquer colaboração do contraente vendedor para *a transcrição:* o contrato foi averbado, e teve eficácia contra terceiros; agora, com a opção, é oficial do registro transcreve o *contrato de opção* e a *opção mesma.* Nada mais se tem a fazer. Pouco conhecido e muito usado, o contrato de opção, nascido no direito comercial, atendeu a necessidades da vida prática. Com êle, a vida dos negócios, em sua sutilexa de *cindir,* própria ao trato *pontuado* das avenças e convenças, separou a declaração de vontade de vender e a declaração de vontade de comprar. Separação *no tempo.*

Em vez de cortar as promessas, ou declarações, em duas promessas do vendedor e duas do comprador, desligou, temporalmente, a declaração do outorgante e a do outorgado.

Promessade

1Contrato

de

compra-e-

contratar

venda

Comprador +

Contrato de

Vendedor

< oferente) +

opçãoao

vendedor

vendedor

+ (oferente)- Contrato de

Comprador 1-

opçãoao

comprador

9

Naturalmente, antes da averbação, o direito oriundo do contrato de opção é meramente entre os dois contraentes, como seria o oriundo da própria escritura pública, ainda não transcrita, de compra-e-venda pura. Nesse caso, se sobrevém a opção antes da averbação, essa se torna supérflua: procede-se às transcrições simultâneas do contrato de opção e da opção.

2.PROMESSA DE CONTRATAR E CONTRATO DE OPçÃO. A diferença entre o direito da pessoa que conseguiu contrato de opção e o daquela que apenas tem promessa de contratar (compra-e-venda) é da máxima importância. O optante já não precisa de declaração de vontade do outorgante; o pré-contratante da compra-evenda precisa e tem o pré-contraente vendedor como obrigado a ela. A ação nasce ao pré-contraente comprador para que o pré-contraente vendedor execute, ou o Estado execute por êle a obrigação de contratar; ao passo que o titular do direito de opção não tem e não precisa de qualquer dessas ações. Eventualmente, usaria de ação comum declaratória (art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Se a natureza do contrato de opção é tal, que fácil se tornaria conceber como *real,* após o registro, o direito à aquisição, em que êle importa, não se passa o mesmo com as promessas de contratar, porque essas, por definição, vêm *antes* do contrato, são pré-contrato. O contrato de opção não é pré-contrato, não é *promessa* de contratar: é contrato, sem qualquer outro contrato, portanto, antes ou depois, que

se ligue, conceptualmente, a êle.

3.~ AVERBAÇÃO OU TRANSCRIÇÃO? Resta saber-se se o *contrato de opção* tem de ser *averbado,* ou se tem de ser *transcrito,* O problema é de direito dos registros, porque, havendo, como há, no contrato de opção, *desde já* direito formativo gerador, que prescinde de qualquer colaboração do vendedor, êsse direito obtém eficácia em relação a terceiros, qualquer que seja a forma do registro (transcrição, inscrição ou averbação). Mas, *de lege lata,*

,~ os direitos formativos geradores podem ser transcritos? Somente se hão de transcrever as compras-e-vendas puras e condicionais, não as promessas de compra-e-venda. ~ E os contratos de opção? a) j~ São contratos de compra-e-venda, *se o comprador quer? b) z* Ou são contratos em que a *conclusão* mesma é que ficou com o comprador? Se a), a transcrição tem de ser feita conforme os arte. 178, b), II e III, e 239, 1, do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939. Se *b),* ainda não se transferiu a propriedade e o registro é o averbacional, e não o transcricional (Decreto n. 4.857, art. 285, *verbis* —quaisquer outras circunstâncias‖, art. 286, *verbis* —outras ocorrências‖).

O meio que a nossa lei dá é a averbação, enquanto não ocorre a opção. Optando o contraente, a sua declaração de vontade é bastante para que, com o contrato de opção, se transcreva: as duas declarações de vontade compõem o que se exige para a transferência. Perfez-se acordo de transmissão.

A inscrição, em analogia com as promessas de compra-e--venda, se não houve inscrição do loteamento, é recomendável. Será, então, no Livro n. 4.

4.EFICÁCIA DA AVERBAÇÃO. A eficácia da averbação e a de extensão da eficácia do contrato em relação aos terceiros; de modo que, se houver alienação, ou oneração, é *ineficaz* quanto ao optante. *De iure condendo,* seríamos pela transcrição. O direito positivo obriga-nos a adotar a averbação, que em todo caso tem a vantagem de frisar a existência de direito formativo gerador, e não de direito real.

(Se bem que possam as leis, e é recomendável que o façam, denºar à *transcrição* o que concerne ao registro das transmissões, isto é, das aquisições derivadas, não se deve pensar que haja transíação em todos os títulos transcritiveis. O titulo de usucapião transcreve-se; e é, no entanto, titulo declarativo. Os títulos de perda também se transcrevem, e não transmitem. Convenções antenupciais, segundo a

lei sObre registro, inscrevem-Se e averbam-se; no entanto, podem transmitir. O registro

qualquer que seja publica; não muda a natureza do negócio jurídico que é objeto dele. A técnica legislativa tem, naturalmente, os seus problemas e as suas soluções mais ou menos aconselháveis; porém essa técnica há de ser circunscrita ao plano do —direito dos registros‖, onde não seria prudente, nem de oportunidade, *mudar-se* a concepção dos direitos, pretensões e ações, a que o registro *confere* a eficácia ligada à publicidade, ou à fnºação de data. Por isso mesmo, as —razões‖ que teve o legislador do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, para fazer de inscrição o caso do registro da —promessa de compra-e-venda de imóvel não-loteado, cujo preço deva pagar-se a prazo, em uma ou mais prestações, bem como as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral‖, segundo o art. 178, a), XIV, e, no art. 178, *c),* VI, para manter, como de *averbação,* o caso do registro dos contratos de promessa de compra-e-venda de terreno loteado, são —razões‖ de técnica do direito dos registros, que não alteram o direito das obrigações, onde as promessas de contratos nascem e, ao nascerem, adquirem a sua natureza e a sua estrutura.

5.AINDA A *DISTINÇÃO* ENTRE PROMESSA DE CONTRATAR E CONTRATO DE OPÇÃO. A distinção entre o contrato de opção e a promessa de contratar, além de esclarecer a natureza das duas categorias jurídicas, tem o valor científico que advém de tOda *precisão de conceitos sutis,* refletindo-se em melhor aparelhamento do jurista para o trato dos problemas. Por isso, volveremos a utilizá-la, noutros lugares.

O pré-contraente comprador, Decreto-lei n. 58, inclusive no art. mie a propriedade optando. Tem que bem se caracteriza quando Ele tua definitiva e o pré-contraente Satende. Em qualquer das duas pretensão contra o pré-

contraente precisaria o titular do direito de nas espécies regidas pelo 22, de modo nenhum conseêle pretensão a adquirir, o pede a assinatura da escri-vendedor o atende, ou o de espécies, *teve* de exercer a vendedor, o de que não opção. Se o pré-contraente

vendedor se nega a passar a escritura definitiva, vai êle a Juízo para exercer a ação de execução de obrigação de declarar vontade, que é a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, ou a ação cumulada especial do art. 16

do Decreto-lei nº.58 (Código de Processo Civil, art. 346), ou a do art.

1.006, *§* 2.0, do Código de Processo Civil. A estrutura dessas duas últimas ações é complexa, porque se salta, por bem dizer, a prestação em declaração de vontade, executando-se o contrato que fôra *prometido.*

Finalmente, advirtamos em que, no pré-contrato de compra-e-venda, ainda não se inseriu acordo de transmissão, ao passo que, no contrato de opção, já há o acordo de transmissão para o caso em que o outorgado Qpte.

INSTRUMENTO DO PRÉ-CONTRATO

§ 1.473. Fundo do pré-contrato

1.FIGURANTES DO PRÉ-CONTRATO. O pré-contrato exige, quanto aos figurantes, as mesmas circunstâncias que aos figurantes do contrato de compra-e-venda. Um e outro, aliás, podem ser a *favor de terceiro.* Requerem-se a mesma *capacidade* e o mesma *poder de disposição* que se reclamariam ao vendedor; e a mesma *capacidade* e o mesmo *poder de adquirir* que se exigiriam ao comprador.

Donde ter sido supérfluo o art.II *§* 2º, do Decreto-lei n.58, onde se diz que —é indispensável a outorga quando seja casado o vendedor‖. Para a venda de lotes, que são bens imóveis, não só é de exigir-se a outorga uxória, se casado e não desquitado o vendedor varão, como o assentimento, dito, enfàticamente, autorização marital, se vendedora é a mulher casada não-desquitada (Código Civil, arts. 235, 1, e 242, 1 e III).

Naturalmente, se o vendedor é menor ou interdito (não nos esqueça que se pode dar a sucessão por esses na empresa de venda de lotes, *e. g.,* se herda, cf. art. 9? do Decreto-lei n. 58), tudo se passa como a respeito de qualquer venda de imóveis-2.EXISTÉNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. O negócio jurídico do pré-contrato é sujeito às mesmas regras de *existência, validade* (absoluta e relativa) e *eficácia* que o contrato mesmo.

Aqui, todos os princípios da Parte Geral, concernentes a negócios jurídicos e a negócios jurídicos bilaterais, intervêm. Por igual, aqueles

que regem, no direito das obrigações, as declarações bilaterais de vontade, os negócios jurídicos e os contratos.

§ 1.474. Forma do pré-contrato

1.O CÓDIGO CIVIL E o DECRETO-LEI N. 58. O pré-contrato, seja qual fôr o seu valor, pode ser feito por instrumento particular, ou por instrumento público. O art. 11, pr., do Decreto-lei n. 58 teria aberto essa exceção ao art. 184, II, do Código Civil se, em verdade, o pré-contrato produzisse *direito real:* o pré-contrato não no produz, nem o art. 184, II, poderia -ter sido ou ser interpretado sem leitura do art. 1.088: —Quando o instrumento público fôr exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 e 1.097‖. Pré-contrato de compra-e-venda não é contrato de compra-e-venda, nem acordo de transmissão (Exceção ao art. 184, II, do Código Civil é a do art. 46 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940: —Ainda que se trate de bens imóveis de valor superior a 1.000$000, a sua incorporação na sociedade, para a constítuíção de todo o capital ou parte dele, não impõe a forma de escritura pública‖.) Hoje, o limite é de dez mil cruzeiros (Lei n. 1.768, de 18 de dezembro de 1952).

Um dos elementos do memorial, que se inscreve, é o exemplar da caderneta ou do pré-contrato-tipo. Se o *uniu ex publico,* ou alguém que se apresentou ao escritório para examinar os lotes ainda não vendidos, ou pré-contratados, enche, ou apenas assina a caderneta, ou o contrato-tipo, e, se fôr do plano de pagamento, paga a prestação inicial, ou alguma despesa de expediente, está *concluído* o pré-contrato. Aliás, a aceitação da oferta, por telegrama, satisfazendo as comunicações de fato do art. 11, bastaria a essa conclusão. A remessa da caderneta ou do pré-

contrato-tipo, assinado, ao oferente é suficiente, desde que, em qualquer dos casos acima, haja duas testemunhas que assinem. A assinatura do pré-contraente vendedor pode ser depois.

2. OFERTA E ACEITAÇÃO. Separemos, porém, a aceitação da oferta em forma do art. 11 e a aceitação da *oferta ao público* que não esteja nos moldes do art. 11. Nem por isso denºa de haver aceitacão. Ocorre, *ex argumento,* o que se prevê no art. 1.088 do Código Civil: —Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer

das partes pode arrepender-Se, antes de o assinar, ressarcindo *à* outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 e 1.097‖. Se é exigido o instrumento particular com as duas testemunhas, a aceitação firma o contrato e falta *assinar-se.* Não há, aí, pré-contrato de pré-contrato, confusão que se há de evitar. A forma tinha de ser a do art. 11. Recebendo a aceitação, com o pagamento de alguma prestação, se é do plano dos pré-contratos, o oferente não tem de tratar a aceitação como contra-oferta, porém como aceitação *com reserva* da forma própria. Naturalmente, a caderneta ou pré-contrato-modêlo pode estabelecer que só se tem por aceitação a declaração de vontade inserta na caderneta ou no pré-contrato; porém isso não se presume, uma vez que a oferta ao público, segundo o art. 1.0 do Decreto-lei n. 58, não é *invitatio ad oflerendum,* nem oferta a pessoa certa.

3. FORMA BILATERAL. As formas ou são unilaterais ou bilaterais (ou plurilaterais>. O contrato de compra-evenda de imóveis, como todo contrato de compra-e-venda, exige, bilateralmente, a forma: oferta e aceitação têm de ser segundo o art. 134, II, do Código Civil. De modo que não há pensar-se em contrato de compra-e-venda de lotes, de valor acima de dez mil cruzeiros, por instrumento particular, pôsto que êsse contrato vincule como promessa de contratar na forma exigida, conforme o idiotismo do nosso direito (Código Civil, 1.088> e do argentino (Código Civil, art. 1.185).

Quanto ao pré-contrato, a forma de instrumento particular é bilateral, se bem que, a respeito de tal contrato (porque pré-contrato contrato é), a oferta seja *aformal,* pois que é ao público, ou poderia ser. Êsse fato permite que se trate a oferta de pré-contrato como *oferta de contratar* em forma ainda insuficiente, promessa de compra-e-venda (pré-

contrato) e de compra-e-venda. Muitas vêzes a oferta de lotes inclui essa Possibilidade de se saltar por sôbre o pré-

contrato e concluir-se, desde logo, o contrato de compra-e-venda.

4.O DECRETO-LEI N. 58, Art. 11. Diz o art. 11 do Decreto-lei n. 58: —Do compromisso de compra-e-venda a que refere esta lei, contratado por instrumento público ou particular, constarão sempre as seguintes especificações: a) nome, nacionalidade, estado e domicílio dos contratantes; *b)* denominação e situação da propriedade, número e data da inscrição; *o>* descrição do lote ou dos lotes que forem objeto

do compromisso, confrontações, áreas e outros característicos, bem como os números correspondentes na planta arquivada; *d)* prazo, preço e forma de pagamento, e importância do sinal; *e)* juros devidos sôbre o débito em aberto e sôbre as prestações vencidas e não pagas; *f)* cláusula penal não superior a 10% do débito, e só exigível no caso de intervenção judicial; g) declaração da existência ou inexistência de servidão ativa ou passiva e outros ônus reais ou quaisquer outras restrições ao direito de propriedade; *k)* indicação do contratante a quem incumbe o pagamento das taxas e impostos‖. No *§* 1.0:

—O contrato, que será manuscrito, dactilografado ou impresso, com espaços em branco preenchiveis em cada caso, lavrar-se-á em duas vias, assinadas pelas partes e por duas testemunhas, devidamente reconhecidas as firmas por tabelião. Ambas as vias serão entregues dentro em 10 dias ao oficia] do registro, para averhá-las e restitui-las devidamente anotadas a cada uma das partes‖. *§* 2.0: —t indispensável a outorga uxória quando seja casado o vendedor Já vimos que se deve ler o *§* 22 como se houvesse dito: —o assentimento do outro cônjuge‖. *§* 3º: —As procurações dos contratantes que não tiverem sido arquivadas anteriormente sê--lo-ão no cartório do registro, junto aos respectivos autos

§ 1.475. Pré-contrato por instrumento particular

1. FORMAS. O pré-contrato pode ser: a) *manuscrito,* ou pelo vendedor, ou pelo promitente comprador, ou por outrem, uma vez que não se disse ter de ser do próprio punho de um dos pré-contraentes; *b) dactilografado,* sem que seja preciso ser todo êle dactilografado, nem, tão-pouco, que se vede a inserção de palavras manuscritas, desde que se sigam, a respeito, as regras comuns sôbre alinhamento das proposições, ressalvas de entrelinhas e erros, etc.; *c) impresso,* com espaços em branco, preenchíveis em cada caso, podendo êsse preenchimento ser dactilografado, ou a mão, ou por perfuração, segundo o plano das vendas, ou por simples cancelamento de linhas duplas ou triplas, ou outros expedientes de seleção, que fnºem a comunicação de fato, *conteúdo* da declaração de vontade; *d) por instrumento público.*

2. DUAS VIAS. A exigência das duas vias é exigência de mínimo; de modo que nada obsta a que se tirem três ou mais, com os requisitos completos. Trata-se de *vias,* razão por que hão de ser *cópias.* A cópia mimeográfica serve, se as assinaturas são autografas e posteriores.

3. ASSINATURAS. O pré-contrato perfaz-se no momento das assinaturas. O reconhecimento das firmas é formalidade para a prova, necessariamente posterior às assinaturas; conceptualmente posterior, ainda que, apostas em dias diferentes as assinaturas, o reconhecimento das primeiras ou da primeira tenha sido anterior *às* demais. A entrega do pré-contrato, com a assinatura do promitente vendedor, ao promitente comprador, ainda sem as assinaturas das testemunhas, significa que nº concluiu *contrato de opção de pré-contrato* com o promitente comprador, salvo se há elementos para se entender que já se havia concluído o pré-contrato e restava, apenas, instrumentá-lo e o promitente comprador iniciara a informação. À entrega do pré-contrato pelo promitente vendedor ao promitente comprador, com as assinaturas das testemunhas, que lhe ouviram concluir o contrato, entende-se que lhe foram confiadas as vias para as assinar e levar à averbação. As circunstâncias desse momento e as anteriores são elementos para se saber se obrou, ou não, de má fé. Não tendo, porém, assistiado, a averbação não se pode dar, salvo se, provado que prometera o pré-contrato (promessa de promessa de contratar), há sentença judicial que ordene a averbação <Código de Processo Civil, art. 1.006).

4.ACRÉSCIMOS E RESSALVAS. Quaisquer ressalvas ou acréscimos, depois das assinaturas, têm de ser acompanhados de novas assinaturas, inclusive das testemunhas; e não podem ser depois da averbação.

5.AVERBAÇÃO. O oficial do registro de imóveis não deve averbar o pré-contrato que não se ache com as formalidades do art. 11 do Decreto-lei n. 58.

§ 1476. Pré-contrato por instrumento público

1. EXIGÊNCIAS. Quando o pré-contrato se faz por instrumento público, deve observar o que se exige às escrituras públicas em geral. O tabelião há de velar por que se observem as exigências do art. 11 do Decreto-lei n.

58. As procurações devem, nesse caso, ser arquivadas no cartório, ou referidas no texto da escritura pública do pré-

contrato.

2.DECRETO N. 3.079, ART. 11, *§* 1º. O Decreto n. 3.079, art. 11, *§* 1.0, acrescentou ao Decreto-lei n. 58: —Os tabeliães poderão usar, para os contratos, livros impressos com espaços em branco, preenchiveis de caso em caso‖.

Esse pré-contrato tem de corresponder ao pré-contrato-modêlo que é objeto do memorial, porém a diferença tem de ser interpretada como tendo sido aceita pelo pré-contraente comprador a alteração da oferta pública. O direito brasileiro não faz *necessária* a oferta —ao público‖; permite a sua substituição, *in casu,* pela oferta de pessoa a pessoa.

§ 1.477. Comunicações de fato escritas

1.O DECRETO-LEI N. 58, ART. 11, a). As indicações do art. 11, a), do Decreto-lei n. 58 são *comunicações de fato:* nome do pré-contraente vendedor e nome do pré-contraente comprador (civil ou comercial); nacionalidade (ou sede da empresa comercial) ; estado civil da pessoa física (casamento e capacidade); domicilio (ou sede ou agência do contraente pessoa jurídica).

2.DO PRÉ-CONTRATO. As indicações do art. 11, e o), apenas dizem respeito ao *objeto* do pré-contrato: denominação e situação da propriedade loteada, número e data da inscrição, denominação e situação, que têm de ser as mesmas que constam da inscrição do memorial, porque de tal área foi que se tirou o lote que se vai prometer; descrição do lote ou dos lotes que forem objeto do pré-contrato, com as confrontações, áreas deles, um por um, e outros dados característicos, bem como o número dele ou os números deles na planta arquivada por ocasião da inscrição do memorial de loteamento.

Para os efeitos de interpretação desses dizeres são elementos decisivos as comunicações de fato constantes do memorial e da planta, pela *veracidade* da qual são responsáveis, contratual e extracontratualmente, os pré-

contraentes vendedores, e, extracontratualmente, o engenheiro ou os engenheiros que a assinaram (art. 1$, II). São elementos que vêm após esses os das ofertas ao público, cuja discordância com os dados constantes do registro (cf.

art. 10) acarreta responsabilidade dos anunciantes, pré-contraentes vendedores ou não.

3.As —DECLARAÇÕES‖ DO ART. 11, g). Ainda são *comunicações de* fato as indicações do art. 11, g), impròpriamente chamadas —declarações‖. O pré-contrato deve conter comunicação de fato sôbre existência ou inexistência de servidão ativa do lote ou lotes pré-contratados, bem como das servidões que nêle, ou neles recaiam, ou em algum ou alguns deles,

tal como se procede por ocasião do loteamento (art. 1.0, I~ e), 2.~ parte).

t certo que essas servidões podem ter sido constituídas após a inscrição do loteamento, ou ter sido matéria de alguma sentença trânsita em julgado depois da inscrição. Nesses casos, não haverá coincidência entre o memorial ou a planta e o pré-contrato, se bem que o promitente vendedor seja responsável pelos anúncios (art. 10) em que não explicitou a ocorrência posterior do registro.

A inserção da comunicação de fato conforme o art. 11, *o),* exime o promitente vendedor de qualquer responsabilidade que lhe adviria de não ter feito, nos anúncios (art. 10), a *retificação.* Se êle fêz averbar a ocorrência nova, basta para O eximir de toda responsabilidade que consigne nos anúncios o número e data da inscrição, acompanhados do número e data da retificação.

O art. 11, g), 2ª parte, fala de —ônus reais . Tudo que se disse sObre as servidões se entende, igualmente, com os outros direitos reais, como a enfiteuse, a anticrese, a hipoteca, o usufruto, o uso e a habitação.

Diz o art. 11, g), 2ª parte outros ônus reais ou quaisquer *restrições* ao direito de propriedade‖.

A expressão —restrições‖ alude a quaisquer diminuições conteúdo do direito de propriedade, ainda *ex lege,* ou só a quaisquer restrições no sentido técnico e estrito? Se as restrições abrangessem as *Limitações* ao conteúdo do direito de propriedade, conforme definimos na Parte XIII teria o pré-contrato de cogitar dos próprios *direitos de vizinhança,* e não só das *restrições* ao direito de propriedade, como o usufruto, o uso, a habitação, a hipoteca, a anticrese, o arresto, o sequestro, a penhora e demais medidas constritivas, o inicio de desapropriação e a *averbação* de direitos formativos geradores ou simplesmente direitos de expectativa. Em verdade, a palavra —restrições‖ está, no art. 11, *g),*

2.8 parte, no seu sentido próprio, abrangendo as —restrições de poder‖ (cláusulas de inabenabílidade, etc.), até pouco chamadas, erradamente, —limitações de poder‖, e as inalienabilidades relativas *(e. g.,* pré-contrato anterior averbado), porque são, rigorosamente, apenas *restrições.*

4. DE DIREITOS REAIS OU DE ÔNUS. A existência de direitos reais ou de ônus, ou de restrições, segundo o art. 11, *g),* 2. parte, não afeta, só por si, a *validade* do pré-contrato, ainda quando se trate de outro pré-contrato anteriormente averbado. Se A pré-contrata com E e se averba o pré-contrato AH, a conclusão de outro pré-contrato de A com O, tenha ou não sido comunicada, nesse, a existência daquele, apenas denºa de ter *eficácia* contra B: se o pré-contrato AH for julgado nulo, ou anulado, ou se a averbação fôr cancelada, o pré-contrato AC terá toda a eficácia, uma vez que a restrição à sua eficácia, a favor de B, desapareceu.

Se foi desconstituído o cancelamento da averbação do pré-contrato AH, cancelamento de que se fizera comunicação no pré-contrato AO, ou se êsse cancelamento podia ter sido conhecido de O, que o pressupôs ao pré-

contratar, responde A a O pela impossibilidade da prestação, pois, se E exige a execução da obrigação de vender, A não pode cumprir o pré-contrato AO. A situação não é diferente daquela em que se acha o pré-contraente comprador do pré-contrato AO se já havia a averbação do pré-contrato AH, porque, então, devia saber que a eficácia da sua pré-compra ou da sua compra não teria eficácia contra E.

O Decreto n. 3.079, art. 11, acrescentou ao art. 11. *g),* que falou de —servidão ativa ou passiva e outros ônus reais,ou quaisquer restrições ao direito de propriedade‖: —devendo, em caso positivo, constar a concordância do possuidor do direito real‖. Somente se há de admitir êsse adendo do regulamento nos casos em que a lei, que rege a espécie, exija para a compra-e-venda de imóveis, que terceiro, titular de direito real, assinta. Se se trata de pré-

contrato de compra-e-venda de domínio útil, é de mister o aviso ao senhorio para que êsse exerça o *direito de* opção, na forma do art. 683 do Código Civil: o momento é o do pré-contrato. (O mesmo ocorreria, quanto ao foreiro se o senhorio quisesse vender seu domínio, 4. art. 684.)

§ 1.478. Declarações de vontade

1.ART. 11, *d), e), f)* As indicações do art. 11, ei), *~), 1)* e *h),* são *declarações de vontade.* Aqui, o sentido delas, no que foram concordantes as vontades do pré-contraente vendedor e do pré-contraente comprador, é que importa. Os pontos de partida são os termos da declaração, porém esses termos podem não exprimir, exatamente, o sentido da declaração, por serem *incompletos,* ou por serem *defeituosos* (ambiguos, equívocos, contraditórios, trocados por outros, etc.). A interpretação dos contratos é regida por uma regra que exclui a interpretação literal, isto é, que admite a procura da vontade, por banºo e, pois, ainda contrária (o que é raro) à letra do contrato (Código Civil, art.

85): —Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem‖.

A atitude anterior ou posterior do declarante pode influir como elemento para a interpretação do -pré-contrato.

Outra regra é a de que se hão de interpretar os pré-contratos do art. 11 conforme o sentido que os interessados adquirentes podiam lhes atribuir, isto é, a interpretação deve ter em vista, precipuamente, as circunstâncias que os pré-contraentes compradores *podiam* conhecer, pelos anúncios, pelo memorial e pelos informes dados por ocasião da assinatura. Se esses surpreendem o que vai assinar o pré-contrato, ou a sua aceitação já se dera e o foi suficiente (o chamado idiotismo dos direitos brasileiro e argentino), ou não se dera e ao *unus ex publico* só lhe cabe não aceitar. Se aceita, aceitou a retificação. Se houve, ou não, retificação, é matéria de interpretação, não sendo de se afastar o caso de má fé, por parte do pré-contraente vendedor, na *comunicação de fato,* a propósito de servidões e ônus reais ou outras —restrições‖

2.PREço. PRAzO. MOEDA. TEMPO. O art. 11, *d),* do Decreto-lei n. 58 subentende que se acordou no objeto (antes descrito) e no preço, porque esses são os elementos essenciais da compra-e-venda (Código Civil, a~. 1.126)

: —A compra-e.-venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço‖.

De modo que a *declaração* sôbre o objeto está nos dizeres iniciais: —pré-contrato de compra-e-venda‖ —promessa de contrato de compra-e-venda‖ etc., de que as comunicações de fato do art. 11, *b),* são partes lógicas (indicativas).

(a) A fnºação de preço é *declaração de vontade,* devendo ter havido concordância entre os pré-contraentes *Preço* é a prestação do pré-contraente adquirente ou contraente adquirente. Esse preço é que pode ser à vista, ou a prazo. Se é à vista, dificilmente ocorrem circunstâncias em que os interessados prefiram o pré-contrato ao contrato. Em todo caso, se algum obstáculo ha à transferência imediata da propriedade, nada obsta a que se pré-contrate a compra-evenda, em vez de desde já se contratar a compra-e~venda Aí há apenas recomendação prática de contrato de opção, ou de pré-contrato. Para essas situações foi que se começou de á ser o *pactum de contratendo,* pelo qual alguém se obriga à conclusão de contrato, em forma, bases e circunstâncias, êsse, de ser transcrito.

~ O prazo é elemento essencial para que se reja pelo Decreto-lei n. 58 o pré-contrato? No art. 1.0, falou-se de preço —a prazo em prestações‖, e no art. 11, *d),* de —prazo‖. Não nos escape, todavia, que o art. 22 cogitou de

—prazo, em uma ou mais prestações‖ (terrenos não-loteados, isto é, sem a *inscrição* no Livro especial) e o Decreto n. 3.079, art. 22, acrescentou: .... .compreendidas nesta disposição as escrituras de promessa de venda de imóveis em geral‖. Já comentamos esses pontos. Desde que permitimos os registros desses pré-contratos, nenhum inconveniente haveria em que se tratem como os do art. 11 (a prazo e a prestações). A pretensão do que pré-

contratou a compra do lote, ou dos lotes, e pagou, desde logo, o preço todo, ou deu sinal e começo de pagamento e se obrigou a pagar o resto em certo momento, de uma vez, ou espacejou em duas ou maia prestações o pagamento, é a mesma; e a averbação (ou inscrição, nos casos de promessas de imóveis não-loteados ou em geral) tem a mesma eficácia negativa quanto às alienações e onerações posteriores. Atendendo a essas considerações que expusemos no *Tratado de Direito Predial* (III, 163), a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, deu outra redação ao art. 22 do Decreto-lei n. 58: —Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra-e-venda de imóveis não-loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei e 349 do Código de Processo Civil‖. Em verdade, a Lei n. 649 teve significação de explicitação de regras jurídicas já existentes,. tal como expuséramos o direito até então vigente.

A *solutio* realiza o fim de obrigação. Se o devedor paga tudo que devia, apenas se imuniza às conseqüências, ou, melhor, impossibilita as conseqüências da falta ou inexatidão do pagamento. Demais, os pré-contraentes compradores segundo o art. 11 têm, assegurada pelo art. 15 *(ius cogens,* a pretensão a antecipar e ultimar o pagamento de todo o preço. O pré-contraente vendedor não pode exigir pagamento antecipado, porém o pré-

contraente comprador pode antecipar o pagamento. Se o pré-contraente comprador pagou, desde o iniCio, todo o preço, nem o outro pré-contraente pode pretender, nem os dois podem convencionar a revogação da extinção da obrigação do que pagou completamente; o que o alienante pode querer é a decretação da ineficácia do pagamento (ação declarativa negativa do *fato extintivo* do crédito pela execução) e o que o pré-contraente comprador pode pretender é a repetição do que pagou sem conformidade com a sua obrigação, se o fêz por erro, e oferece, simultâneamente, a prestação devida.

§ 1.478. DECLARAÇÕES DE VONTADE

(b) O modo normal de pagamento é em moeda corrente, em cruzeiros. Se pode ser, ou se não pode ser em moeda estrangeira, responde a legislação especial; e a resposta, no momento presente, é negativa. Quanto ao pagamento em cheques, pode prevê-lo, permitindo-o, ou negando-o, o pré-contrato, ou, antes dele, os anúncios, se o pré-

contrato não retificou os termos da oferta pública. Nas regiões de perigoso transporte de moeda corrente, tem-se de entender que é permitido o pagamento em cheque sôbre banco próximo, ou com o qual se possa comunicar o pré-

contraente vendedor, sôbre a existência de fundos e o pedido de reserva, O credor pode recusar cheques, mas a *seu risco:* se é bom cheque, não tendo havido tempo para o devedor receber êle-mesmo o dinheiro, depois da recusa, a sua má fé pode prejudicar o pré-contraente devedor, que deve depositar o preço e pedir a execução da obrigação de declarar (Código de Processo Civil, art. 1.006).

Para que o pagamento possa ser em conta do credor, aberta em algum banco, é preciso que tenha havido assentimento anterior, ou que o haja no momento de ter conhecimento do depósito. Não basta ter conta em banco para se supor que se quis que os pagamentos sejam mediante depósitos em tal conta: crédito contra banqueiro não é

dinheiro corrente.

É importante, por tOdas essas razões, estipular-se nos pré-contratos o *modo de pagamento* e a *forma.*

(c)O tempo de pagamento normal é por prestações. As arras são tidas como começo de pagamento, primeira prestação; salvo estipulação em contrário. Se acaso o pré-contrato não disse quando se pagariam as prestações, os elementos interpretativos são o memorial inscrito e os anúncios.

3.As declarações de vontade, quanto aos juros sôbre o débito em aberto e sObre as prestações vencidas e não pagas, foram pelo consenso, o que o pré-contraente comprador tem de pagar, com o correr do tempo, pelo que figura, ainda, no seu débito. Note-se, de inicio, que o pré-contrato de compra-e-venda é contrato em que um assume obrigação de contratar e outro paga ou começa de pagar o preço da coisa que lhe será transferida pelo contrato definitivo ou prometido. O pagamento é, de qualquer modo, antecipado: ou porque seja *todo* êle antecipado; ou porque o seja em parte; *e. g.,* se a escritura definitiva vai ser feita *antes* do pagamento da última prestação, pelo menos. Na compra-e-venda a prazo (preço), o vendedor é que antecipa o seu pagamento, prestando o objeto vendido; na promessa de compra-e-venda (pré-contrato), antecipa-se o pagamento e a prestação do objeto é, conceptual-mente, *após* a execução da obrigação pré-contratual. (O nosso direito não tem aquisição, por compra-e-venda, de bens imóveis, sob condição suspensiva.)

O direito ou pretensão que o pré-contraente vendedor cria a favor do pré-contraente comprador é, *só por si,* diminuição do seu patrimônio e aumento do patrimônio desse. Assim, a compensação desse défice ou se dá pela simples prestação do sinal (arras), ou pelo pagamento de uma ou mais prestações, ou pelo pagamento de juros sObre o que, no plano econômico, *já devia ter pago e não pagou.* Dissemos —no plano econômico‖, e não no plano jurídico, porque, nesse, o —já devia ter pago e não pagou‖ implica *mora.*

Aqui, há distinção que é de todo o relêvo: a) Quando o pré-contrato fnºa que as prestações são a 2 de janeiro, 2 de março e 2 de maio, pagando os juros do *capital* devido, é no plano econômico que se concebem os juros, *pro rata temporis:*

a cada período nasce nôvo crédito de interesses, quer se contem antes quer depois do período (isto é, *praenumerando,* ou *post numerando).*

Tais juros repousam sôbre o negócio jurídico; não provêm de mora. Não são parte do preço, como as prestações, porque se conceberam como compensação do dinheiro que, no plano econômico, deveria ter sido prestado *desde logo,* e não no foi. É prestação acessória de pagamento do capital *devido;* daí ser acessória a pretensão: somente nasce e cresce enquanto e quanto ao devido; Se há sentença que decretou a ineficácia de uma das prestações que seria devida, ineficaz é a prestação acessória. Acessório, porém não parte integrante da prestação principal: se o credor recebe o pagamento da prestação sem os juros, ou vice-versa, não aceitou pagamento parcial; de modo que é em virtude de principio especial que o credor não é obrigado a receber um sem o outro.

b) Quando se prometem juros pelo que *denunciou* de ser pago, são moratórios.

4. CLÁUSULA PENAL. Outra declaração de vontade (concordante) é a da cláusula penal. Também a exige a lei, o que derroga o principio da livre escolha do conteúdo dos contratos, pois, segundo êsse, os contratos podem conter, ou não, cláusula penal. A lei reputa essa cláusula penal, que não pode exceder de dez por cento do débito portanto cláusula penal a favor do credor e só exigível no caso de propositura de ação pelo credor, uma das *declarações* necessárias do pré-contrato, O art. 11, *1),* tem de ser interpretado de acordo com o art. 14, onde se diz que, vencida a dívida, constituído em mora, por ato do oficial do registro, o devedor, se o devedor não purga a mora, fica resolvido o contrato. Cancelada a averbação, é que o credor pode pedir a multa do art. 11, *1).*

O Código de Processo Civil acertadamente estatuíu (art. 849):

—As multas previstas na lei civil serão impostas pelo juiz, àvista de comunicação documentada do oficial, e inscritas e cobradas pela União‖. Refere-se às multas do Decreto-lei n. 58, art. 1.0 das Disposições Transitórias, e outras que toquem à União; porém o processo há de ser o mesmo para as multas que devam ser cobradas pelo pré-

contraente vendedor.

A função da cláusula penal é a de pressão sôbre o devedor. Promessa acessória, a titulo de sanção. Nova obrigação que se junta à dívida do devedor. A cláusula penal tem as consequências que os arts. 916-927

apontam. A nulidade do pré-contrato acarreta a da cláusula (art. 922). Para se exigir o cumprimento da cláusula (isto é, a pena) não é preciso haver e alegar-se prejuízo (art. 927).

O Decreto n. 3.079, art. 11, *1),* acrescentou algo que restringe o sentido do art. 11 do Decreto-lei n. 58; e ai vai em letra grifa: *"1)* cláusula penal não superior a 10% do débito e só exigível no caso de intervenção judicial *para a restituição do imóvel cujo compromisso .1 Ou cancelado".*

Ora, nem sempre o lote ou os lotes são, desde logo, entregues ao pré-contraente; depende do pré-contrato, que, sendo, como é, pré-contrato de compra-e-venda e não se lhe seguindo transcrição, sOmente pode ter o efeito de entrega (tradição) por ato do pré-contraente vendedor, que importe em transferência de pesse. O Decreto n. 3.079

não podia *restringir* o sentido da lei. Sempre que o pré-contraente comprador não purga a mora e se resolve o pré-

contrato, cabe a cobrança da multa.

5.TAXAS E IMPOSTOS DOS LOTES. Outra declaração de vontade (concordante) que o Decreto-lei n. 58 exige é a escolha de quem há de pagar as *taxas* e *impostos* do lote. Os impostos e taxas do lote no intervalo entre o pré-

contrato e a assinatura do contrato de compra-e-venda tanto poderiam correr por conta do pré-contraente comprador como por conta do pré-contraente vendedor, sendo de presumir-se que os pagaria o pré-contraente vendedor, porque *ainda* é êle o dono do lote, só estando, pelo pré-contrato, obrigado a declaração de vontade. Ao problema de técnica legislativa ou se daria a solução de se entender que, na falta de cláusula pré-contratual, incumbiriam essas despesas ao promitente da venda ou se exigiria que o pré-contrato cogitasse de tal escolha, O

art. 11, 10, impôs a última, porém, no caso de dúvida, é ao loteador que incumbe pagá-los, porque, ainda não valendo como pré-contrato do art. 11, o negócio jurídico valeria como promessa de compra-e-venda de imóveis a prestação e o direito comum regeria a espécie.

~1.479. Procura$o e pré-contrato

1.PROCURADOR COM PODERES ESPECIAIS. O pré-contrato pode ser concluído por intermédio de procurador com poderes especiais. O instrumento de procuração também pode ser usa do pelos que têm de assentir sem ser mandantes. Em quaisquer casos, tais procurações devem ser munidas de eficácia contra terceiros, o que se consegue mediante o registro: (a) Se se trata de procuração geral do oferente, o seu arquivamento no registro de imóveis, com os autos da inscrição do loteamento, basta, e a Ele se há de aludir no pré-contrato. Tal registro também pode ser feito, por transcrição, no registro de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 134, a), 1), convindo averhá-la na inscrição de loteamento (afla. 285 e 286). (b) As procurações dos pré-

contraentes Compradores também podem ser prêviamente juntas aos autos da inscrição do loteamento, ou têm de o ser depois, por ocasião da averbação, ou após (Decreto-lei n. 58, art. 11, *§* 2.~).

§ 1.481. VIAS DO PRÉ-CONTRATO

2.AVERBAÇÃO. Para obter a averbação nenhum dos contraentes precisa de procuração do outro. Qualquer deles pode entregar as duas vias ao oficia] do registro.

Os problemas de pedidos de averbação são resolvidos conforme o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, nos seus arts. 202-232.

O número de ordem, na protocolização, é que determina a *prioridade* do título. Ainda quando apresentados dois ou mais pré-contratos simultâneamente, todos têm os seus números, seguidos; salvo se se referem ao mesmo lote, caso em que o -número de ordem é um só, acrescido de letras, conforme a ordem alfabética.

Se os pré-contratos têm a mesma hora de apresentação, ao oficial cabe atender às *datas* deles. Se do mesmo dia, ao momento em que foram feitas as escrituras, se delas consta. Se delas não consta, averbam-se conforme o número acrescido das letras que tiveram, devendo o oficial explícito.

As dúvidas e impugnações regem-se pelo que foi dito no Tomo XI.

3. ESCRITURA PÚBLICA. Quando o pré-contrato se faz por escritura pública, o tabelião há de observar, quanto às procurações, o que lhe incumbiria se se tratasse de compra-e-venda de imóveis.

§ 1.480. Prazo para a averbação

1.QUEM É INCUMBIDO DE ENTREGAR As VIAS. Há prazo de dez dias que a lei fnºa para à entrega das vias à *averbação.* O Decreto-lei n. 58 não disse quem haveria de ficar com elas e entregá-las. A interpretação somente poderia ser a que atribuísse a qualquer das partes o levar a sua via. O Decreto n. 3.079, art. 11, *§* l~o, 3□a alínea, interpolou: .... . pelo promitente vendedor. . .—, o que destoa de todos os princípios. Se há interessado, que se recomenda para a averbação, é o pré-contraente comprador, a quem importa estabelecer, o mais depressa possível, a eficácia negativa da averbação. Já êle deu sinal, ou pagou algo, ou se obrigou a prestação próxima. O outro, não: na ordinariedade dos casos, somente se obrigou a contratar. Ilegal e contra a ética, o art. 11, § 1.0, 3. alínea, não tem de ser levado em conta. A entrega das vias ao outorgante da promessa de compra-e-venda somente poderia ser ato de confiança, mandato à parte, pelo qual responderia, civil e criminalmente, o incumbido.

2. CULPA. O prazo de dez dias é *contra* o incumbido de levar a registro as vias. Presume-se em culpa se não executa o mandato. Não há outra sanção.

§ 1.481. Vias do pré-contrato

1. DUAS OU MAIS. O Decreto-lei n. 58, art. 11, *§* 1.0, fala de *duas vias;* mas havemos de entender que é número mínimo recomendado, e não exigido. Nada obsta a que os interessados queiram três ou mais vias e peçam ao oficial que as restitua, depois da averbação, anotadas, tanto mais quanto o lote ou lotes podem ter sido pré-

contratados a duas ou maia pessoas, futuros condôminos do terreno.

2. OFICIAL DO REGISTRO. O oficial do registro de imóveis, a quem cabe averbar os pré-contratos, se lhe é apresentada alguma via com as formalidades do art. 11 e *§§* l.~, 2.0 e 3~O, do Decreto-lei n. 58, não pode recusar a averbação porque *somente* uma das vias se lhe entrega. Não pode exigir as duas. O que mais acontece é que cada um dos contraentes fique com a sua via e seria contra os princípios que se subordinasse à vontade dos dois a averbação.

A averbação, como todo registro, é suscetível de impugnação pelo interessado, qualquer que seja.

O cancelamento pode ser pedido pelo loteador, ou pelo financiante, se está legitimado a isso, segundo o Decreto-lei n. 58; —Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, ou apresentada a prova de não estar cumprida a obrigação, no prazo regulamentar, o compromitente ou mutuante requererá ao oficial do Registro o cancelamento da averbação‖ (Decreto n. 3.079, art. 14).

Esse ponto é digno de exame. Se pelo pré-contrato, ou por pacto adjecto, se incumbiu de registar o pré-contrato o pré-contraente vendedor, e não cumpriu o que lhe tocava, responde ao pré-contraente comprador, por culpa. Se foi ao pré-contraente comprador que se deu o dever de registro, raramente há prejuízo para o pré-contraente vendedor, porém, se ocorre prejuízo, responde o pré-contraente comprador. Esse, evidentemente, é o maior interessado em que se registe o pré-contrato.

TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS PRÉ-CONTRATUAIS

§ 1.482. Transferência da propriedade

1. CASOS POSSIVEIS. Á transferência do terreno pode dar-se, pois que o lote ou lotes não estão inalienabilizados *em absoluto,* e sim somente *relativamente;* e essa transferência se reflete nas relações pré-

contratuais. O pré-contraente vendedor não pode transferir, eficazmente, o pré-contrato sem transferir o objeto que prometeu vender; mas a transferência do terreno todo (empresa) ou do lote ou lotes envolve a do contrato. É

perturbante, à primeira vista, que, em se transferindo o terreno, implicitamente se transfira o pré-contrato. Isso somente se pode construir mediante a eficácia negativa da averbação: a) a alienação do terreno todo, isto é, da propriedade loteada, que só está dividida para o loteamento, tanto assim que ainda não se transcreveu o titulo de aquisição dos lotes, é possível; porém o adquirente, recebendo toda propriedade *transcrita,* ou parte dela, tal como figura no livro de transcrições, sucede ao loteador no seus direitos e obrigações contra *ex lege; b>* a alienação de lote ou lotes, portanto alusiva ao livro especial de inscrições, se é transcrita no livro de transcrições, encontra a *eficácia negativa* da averbação.

Tais são os princípios.

Temos, pois, duas figuras inconfundíveis de substituição subjetiva: a do art 9~O e a do art. 50 do Decreto-lei n.

58.em hasta pública, ou por sucessão legítima ou testamentária, da propriedade loteada e inscrita, sub-roga-se nos direitos e obrigações dos alienantes, autores da herança, ou testadores, sendo nula qualquer disposição em contrário‖. O art. *52* estabelece que a averbação atribui ao pré-contraente comprador o direita de opor-se *(* lhe confere a alegação de ineficácia relativa) a. alienações ou onerações posteriores; e que tal averbação é por assentamento, devendo o oficial lançar no pré-contrato a nota indicativa do livro, página e data.

3. SUCESSÃO —CAUSA MORTIS‖. A sucessão testamentária não oferece dificuldades: a saisina transmissão *causa mortis,* quaisquer que sejam os obrigações. A alienação onerosa ou gratuita precisa estude a categoria jurídica

4. SUCESSÃO —INTER VIVOS‖. Há, na sucessão entre vivos do art. 92, cessão de crédito e cessão de dívida: a) o pré-con traente vendedor, que cede, desinveste..se dos seus direitos, pretensões e ações, ao mesmo tempo que se faz substituir pelo adquirente do fundo em suas obrigações, desde a mais importante, que e a de concluir o contrato de compra-evenda; *b)* o terceiro, que se faz cessionário, assume a titularidade ativa e passiva, como a tinha o cedente; o) o pré-contraente comprador é ao mesmo tempo um *debitor cessus* e um credor que assiste à substituição do seu devedor por outrem. Pela venda do terreno, o loteador, por *ato de disposição,* fêz passar ao patrimônio do cessionario o credito que se achava no seu. Êsse ato pode ser submetido a *condição.* Não há *causa* (doação, dação em pagamento, etc.), porque a causa só tem relevância para determinar os direitos do cessionário, não contra o devedor cedido, e sim contra o cedente. A natureza abstrata da cessão aproveita ao devedor, de modo que se lhe não pode exigir indagação da causa da cessão: se houve sucessão do pré-contraente vendedor, o que o Decreto-lei n. 58, art. 92, estatui é que tudo se passe como se a pessoa persistisse a mesma.

Desde que o pré-contraente vendedor alienou o terreno, cedeu o seu crédito e transferiu a sua titularidade passiva.

§ 1.482. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE

Se a transferência do terreno é subordinada à forma da escritura

pública (Código Civil, art. 184, II, e Lei n. 1.768, de iS de dezembro de 1952; mas Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 46), a transcrição é de escritura pública, com as exigências do direito geral, e a cessão está bem enformacia. Se a transferência não requere escritura pública, transcreve-se o instrumento particular. De qualquer maneira, é a lei que impõe a cessão dos créditos e a sucessão das dividas; *e não vale qualquer declaração de vontade em contrário.* A re-gra jurídica do art. 92 contém *cessio legis:* portanto, ela-mesma não é submetida a forma especial; nem é *negócio juridico.*

Quanto às dívidas, a lei teve por fito evitar que a propriedade do objeto da dívida, que o proprietário do terreno se obriga, pelo pré-contrato, a contrair, e a obrigação de contratar incumbissem a pessoas diferentes. Se o direito ou a pretensão do que obteve o pré-contrato fosse *real,* não se precissa do art. 99: tudo se passaria como a respeito da hipoteca, o vendedor continuaria com a obrigação pessoal e o adquirente sofreria o cargo real. Porém não é *real* o direito do que conseguiu o pré-contrato: muitas vêzes, *e. g.,* sendo insolúvel o alienante do terreno, o outorgado do pré-contrato de compra-e-venda ficaria prejudicado. (O art. 92 do Decreto-lei n. 58 contém um dos argumentos contra a atribuição de direito real ao pré-contraente compra-dor. Se direito real houvesse, o art. 99 seria *supérfluo.)*

5.INALIENABILIZAÇÃO RELATIVA. A *averbação* inalienabiliza o bem, relativamente. Já vimos o que se há de entender com o —oponivel a terceiros quanto à alienação ou oneração posterior‖, que se lê no Decreto-lei n. 58, art. 52. Não se falou em cessão legal dos créditos ou dívidas quanto às alienações; nem se pôde manter o princípio da alienação *eficaz* do lote de terreno, ou dos lotes, ressalvado o *direito real.* Se bem que a expressão —direito real‖

apareça no art. 5º, vimos que seria inconstruível, com as regras da lei, êsse direito. O loteador pode alienar a propriedade loteada, e o art. 92 incidirá, *ius cogens,* Como é; e pode alienar apenas o lote ou os lotes pré-

contratados, e então essa alienação será *ineficaz* quanto ao pré-contraente comprador. Ocorre o mesmo se faz segundo pré-contrato, ou terceiro, e assim por diante: cada pré-contrato, posterior, não é eficaz quanto ao titular do direito ou pretensão ao contrato de compra-e-venda.

1.483. Transferência do direito ao contrato

1. TRANSFERIBILIDADE. O direito à conclusão do contrato de compra-e-venda é *transferivel.* Trata-se de direito a que *outrem contrate.* A qualidade pessoal do obrigado raramente interviria, como também a qualidade do titular do direito. A propósito o Decreto-lei n. 58 possui o art. 13: —O contrato transfere-se por simples trespasse lançado no verso das duas vias, ou por instrumento separado, sempre com as formalidades dos parágrafos do art.

11‖. Essa transferência, regulada no art. 13, é *cessão de crédito* e *cessão de divida,* simultâneas.

Segundo as regras comuns de direito, a cessão de crédito pode ser posta de parte, prêviamente, pela convenção dos contraentes, credor e devedor (Código Civil, art. 1.065). O art. 18 deve ser interpretado, portanto, como derrogação ao Código Civil, art. 1.065: não *vale* a convenção, no pré-contrato, nem nos anúncios, que faça intransferíveis os pré-contratos, quanto aos futuros adquirentes dos terrenos. Se, porém, o memorial, que obteve a inscrição, restringe o circulo das pessoas que podem aceitar a oferta, *e. g.,* se os sítios ou lotes são para venda a caçadores, ou criadores de cabras, ou pescadores, ou colonos agricultores, desaparece a razão de ser da livre transferibilidade. AI, rigorosamente, não há derrogação à regra do art. 13. O pré-contrato mesmo tem por objeto lote ou lotes que são *destinados.* A destinação, de natureza mais objetiva cio que subjetiva, restringe o circulo de peesQas que podem adquirir. Não seria de dizer-se que, em vez de *ins cogens,* o art. 13 passou a ser *jus dis~positivum,* o que orçaria pelo absurdo. No plano do objeto, foi a destinação que atuou como *restrição* ao poder de dispor, por parte do loteador, restrição *negocial* que o prende aos outros interessados, e de eficácia *erga* omites, em virtude da inscrição do loteamento.

2.DECLARAÇÃO DE CESSÃO OU —TRESPASSE‖. O pré-contrato pode ser transferido pelo prê-contraente comprador pela *declaração de cessão,* dita —trespasse‖, no verso das duas vias anotadas (arte. 13 e 11, *§* 1.0, 2.~

alínea). Com o trespasse no verso da via que pertence ao pré-contraente vendedor, tem-se êle por ciente da dupla cessão que é feita pelo outro pré-contraente. Não se pede anuência do pré-contraente vendedor; apenas O trespasse no verso da via que está com êle é prova do conhecimento *que teve* do trespasse. Se só há uma via, que é a do

pré-

contraente comprador, a ciência do outro pré-contraente tem de ser por outro meio, de que adiante se falará. Se só há a via do pré-contraente vendedor, o trespasse, nessa, não conseqüências prova a ciência dele como também a cessão dos créditos e das dívidas, porém é *prova em poder de outrem.* O meio para se obviar a isso é a *transferência em separado.* Donde: ou se lança o trespasse na via que pertence ao pré-contraente vendedor e se cria a transferência em separado, que tem de ser averbada; ou apenas se cria a transferência em separado e se levará à averbação, dando-se ciência ao pré-contraente vendedor.

O *§* 1.0, 1~a parte, do art. 18, depois de referir-se o art. 18 a que o trepasse seria pelo lançamento no verso das duas vias, ou por instrumento separado, isto é, outro papel, esclareceu: —No primeiro caso, presume-se a anuência do proprietário‖. Em verdade, não se presume: prova-se. Ou o loteador anuiu no trespasse, e a prova lá está; ou não anuiu, e então tem de ser atacada, segundo os princípios, a prova pré-constituída que lá se após.

8. DIREITOS E OBRIGAÇÕES. SUCESSÃO DE DIVIDA. SUCESSÃO DE DIREITOS. No *§* 1.~, 2.a parte, disse-se: —A falta do consentimento não impede a transferência, mas torna os adquirentes e os alienantes solidários nos direitos e obrigações contratuais‖. —Direitos e obrigações‖ lá está. Separem-se as duas hipóteses, invertendo-se a ordem delas:

(a) A sucessão de divida pode ser a simples *cessão de divida,* dita cessão privativa de dívida, e pode ser a cessão Cumulativa de dívida *(kumulative Schuldiibernahme),* ou adeSão à divida existente. Alguém, no segundo caso, se junta ao devedor e assume solidáriamente com êle a divida. É o que se passa com o trespasse do pré-contrato quanto ao pré-contraente comprador cedente e o cessionário do pré-contrato, no tocante às dividas.

(b)Quanto aos direitos, a lei entende que o cedente, que Solidário fica com o cessionário, tem os mesmos direitos (leia-se:as mesmas pretensões e ações> que êsse; portanto, se o pré-contraente vendedor não cumpre o prometido, pode êle exigi-lo. Naturalmente, êsse cedente exercendo essas pretensões e ações somente se sub-roga ao cessionário se presta, pela solidariedade, o que o cessionário deveria prestar e não prestou (Código Civil, art. 985, III).

4, SOLIDARIEDADE. Se a sucessão entre vivos se dá entre pré-contraente comprador e terceiro, também ocorrem, como se viu, cessão de créditos e cessão de dívidas. Porém, aqui, a cessão não é *legal,* não é *cessio legis.*

A solidariedade, por falta de *assentimento* do loteador, é derrogação ao direito comum.

Diz o art. 13, *§* 2.0: —Averbando a transferência para a qual não conste o assentimento do proprietário, o oficial lhe dará ciência por escrito‖. A falta não é causa de nulidade, mas de responsabilidade do oficial. Respondem o Estado e êle.

5.CESSÃO PELO PRÉ-CONTRAENTE COMPRADOR. O artigo 18 não se refere a trespasse do pré-contrato pelo pré-contraente vendedor; só se refere à cessão de crédito ou de dívida pelo pré-contraente comprador. Os arts.

99 e 59 é que regem as transferências do pré-contrato por parte do *futuro* vendedor.

CAPITULO X

RESOLUÇÃO E RESCISÃO DO PRÉ-CONTRATO

§ 1.484. Compra-e-venda e resolução

1. O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.092, E O DECRETO-LEI N. 58, .Art. 12. A resolução do pré-contrato obedece aos princípios de direito civil. Nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento de obrigação do outro (Código Civil, art. 1.092). O que denºa de prestar a declaração de venda, que prometera, pela impossibilidade da prestação futura do lote, ou lotes o que somente ocorre, por se tratar de imóvel, se o terreno desaparece, *e. g.,* entrada do mar, ou se torna inalienável *ex lege* (inalienabilidade absoluta), ou foi reivindicado, ou foi declarado inexistente, ou julgado nulo, ou anulado, o título de domínio *sofre* a resolução do contrato. Nesse caso, tem o loteador, ou seu sucessor, de devolver as prestações que recebeu, os juros, convencionais ou legais, que lhe foram pagos, mais os juros convencionais ou legais sôbre aquelas e esses. Se ficar

provada a má fé, responderá além disso por perdas e danos. É o que se lê no art. 12 do Decreto-lei n. 58:

—Subentende-se no contrato a condição resolutiva da legitimidade e validade do título de domínio‖. No *§* 1.0:

—Em caso de resolução, além de se devolverem as prestações recebidas, com juros convencionados ou da lei, desde a data do Pagamento, haverá, quando provada a má fé, direito à indenização de perdas e danos‖. Teremos ensejo de apurar qual a Categoria jurídica que ai se contém.

2. RESPONSABILIDADE. Praticamente, sendo impossível ao pré-contraente vendedor a assinatura da escritura de compra-e-venda, tem êle. esteja de boa ou de má fé, de restituir tudo que recebeu, mais os juros desde o pagamento de cada parcela. Se estava de má fé, além dessa restituição, lhe incumbe ressarcir todos os danos e perdas.

§ 1.485. Mora do pré-contraente comprador

1. INTERPELAÇÃO. Desde que o pré-contraente comprador não satisfaz, em tempo útil, a sua obrigação de prestar, incorre em mora. A sua atitude de inadimplemento viola o pré-contrato. A prestação é em moeda corrente, na ordinariedade dos casos; portanto, continuou executável e exigível: o pré-contraente comprador é que tem a culpa de não-execução. A mora, com tOdas as suas conseqüências contra o inadimplente, não se estabelece *de plano,* a partir da exigibilidade do crédito. Não cabe o *Dies interpellat pro homine.* O pré-contraente vendedor tem de *interpelar* o outro pré-contraente.

2.—Ris COGENS‖. Exigível qualquer das prestações que incumbiam ao pré-contraente comprador, tem de ser constituído em mora; e o legislador teve suas razões, *de lege ferenda,* para evitar que se adotasse o *Dies interpellat pro homzne.* A primeira observação que se há de fazer é que essa exceção é de direito cogente, ~e não de direito dispositivo: os pré-contraentes não podem dispensá-la. Nem sempre ela o é; porém, nos casos do Decreto-lei n. 58, art. 14, o legislador evidentemente concebeu a regra como *ius cogens.* Seria sem validade a cláusula do plano, dos anúncios ou do pré-contrato, que estabelecesse a interpelação pela data da exigibilidade, isto é, a mora sem interpelação, ou no dizer do brocardo em virtude de interpelação pelo dia *(fies inter*"*pellat*> ou automática.

3.EXIGIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO EM MORA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. Lê-se no Decreto-lei n.

58, art. 14: —Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor‖.

Portanto, há três momentos, inconfundíveis: a) o da *exigibiidade,* que é o do dia em que se vence e haveria de ser paga a prestação; *b)* o da constituição em *mora,* que se fnºa com a interpelação, que é ato de *comunicação de vontade,* semelhante a negócio jurídico, porém não negócio jurídico, se bem que se lhe estendam regras concernentes a êsse; *c)* o da *resolupio* do pré-contrato.

(a) A *exigibilidade* rege-se pelos princípios de direito civil em geral. Não há particularidades quanto aos pré-

contratos de lotes. As declarações de vontade segundo o art. 11, *d)* e *e),* são de todo livres.

<b) Quanto à *interpelação,* o loteador apenas tem por fito produzir o efeito material de provocar a prestação: ou o devedor satisfaz a sua obrigação, ou acarreta com as consequências, imediatas ou não. O loteador, interpelando-o, apenas faz saber *(= comunica)* a sua vontade de receber a prestação. Não se trata de declaração de vontade, de negócio jurídico, porque o seu efeito não está contido na manifestação de vontade do credor, e sim no fato de interpelar. Não se declara; *comunica-se* vontade. Por isso mesmo, não se poderia indagar se êle realmente quis, ou não, êsse efeito. Tal indagação seria impertinente: se houve comunicação, o interpelado incorre em mora, ainda que não tivesse sido isso o que o interpelante *quis.*

(c) Nos contratos bilaterais, e o pré-contrato é um deles, se o devedor fica em mora, o credor tem o direito de se recusar à execução ulterior do contrato e reclamar *perdas e danos* com a *resolução do contrato.* Essa resolutividade não é a solução francesa, que passou do Código Civil francês, art. 1.184, aos outros sistemas jurídicos ocidentais. Nem o direito romano, nem o anterior direito português e brasileiro a admitiam, pois o alvará de 4 de setembro de 1810 revogara o único texto que permitia, exatamente na compra-e-venda (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 5, *§* 2: —E se o vendedor ao tempo do contrato deu espaço ao comprador para lhe pagar o preço, se lho Ele não pagar ao tempo, que lhe foi outorgado, poderá o vendedor logo cobrar a coisa do comprador, se a tiver em seu poder, ou de qualquer outra pessoa, em cujo poder a achar, E não se poderá escusar de lha tornar, pOsto que lhe ofereça o preço, pois lho não pagou, nem

ofereceu ao tempo, que‘ se obrigou. Porém, se o vendedor quiser antes haver o preço, que a coisa vendida, podê-lo-á demandar e haver, quando lhe aprouver‖).

Voltou-se, e bem, à solução do velho direito afonSino (Livro IV, Título 60, *§* 4).

1 1.487. FORMA DA INTERPELAÇÃO

O Código Civil, art. 1.163, admitiu o *pacto comissório,* -tal como se via no *§* 3 do Livro IV, Título 5, das Ordenações Filipinas, nos traços gerais os arts. 1.092 e 1.131 cogitaram da resolução não-pactuada somente aos casos de ameaça de insolvência, ou de insolvência (respectivamente). Não temos a resolução não-pactuada com eficácia *plena iure.* Porém temo-la como resulta do art. 1.092, parágrafo único (cf. Código Civil alemão, *§* 326).

O Decreto-lei n. 58, art. 14, é explicitação ao direito civil geral, com prazo para eficácia.

§ 1.486. Resolução do pré-contrato

1.CONCEITO DE RESOLUÇÃO. Vencida e não paga alguma prestação, ainda de juros, o loteador pode fazer a interpelação do pré-contraente comprador para que seja constituído em mora. Com a mora, se o interpelado não a purga, adimplindo a prestação devida e as que se venceram até a data da purgação, *resolve-se* o pré-contrato. Note-se que para o pagamento tem trinta dias o interpelado. O legislador entendeu que o tempo é suficiente para o pré-contraente comprador evitar as graves conseqüências da resolução. Durante Esse mês, a mora persiste, de modo que paga juros moratórios e responde pelo caso fortuito (não há moratória).

2.EFICÁCIA. A resolução faz cessar o pré-contrato, com efeitos *ex tunc.* Extingue tOdas as obrigações nascidas do pré-contrato, as obrigações já executadas se reputam caducas e cada um dos pré-contraentes não somente o loteador pode recusar-se à prestação que; prometera e repetir a que êle satisfez. Cada pré-contraente deve restituir o que recebeu, sem o que êle indevidamente se enriqueceria: essa repetição é mesmo pretensão (e ação) de enriquecimento. Uma vez que o loteador preferiu a resolução, não pode pedir perdas e danos pela inexecução *(lex specialis!).*

3.REPETIÇÃO. Se o pré-contraente comprador já pagara *x,* vê a resolução tirar-lhe a pretensão ao contrato de compra-e-venda, mas, por isso mesmo que a eficácia é *ex tunc,* lhe nasce a pretensão a repetir *x.* Se acaso êle recebeu algo do pré-contraente vendedor, tem de restitui-lo; *e. g.,* se o pré-contraente vendedor lhe entregou a pesse do terreno e êle colheu frutos naturais ou se o alugou.

4. PRAZO. O prazo para a purgação da mora é ato jurídico dependente de recepção, porém não de aceitação.

Se quem levou o pedido de interpelação não foi o loteador, e sim alguém, não munido de poder para isso, vale a interpelação, e corre o prazo, salvo se o interpelado alega e prova a falta de procuração ou a falta de qualidade de representante (O.WÀRNEYn, *Kommentar,* 1, 580).

O loteador não mais pode interpelar para a resolução se já introduziu ação de condenação ou executiva contra o pré-contraente comprador; ou, ainda, se já o fêz interpelar judicialmente, ou por meio de carta, em que reclamava pagamento e juros moratórios ou perdas e danos. Salvo se ressalvou a sua *pretensão á resolução* segundo o Decreto-lei n. 58, art. 14. A ação declaratória não obsta à introdução da interpelação cio art. 14, *§* 1.0.

5.ANUÉNCIA QUANTO Á RESOLUÇÃO. Se o prê-contraente comprador já anuíu~ em se resolver o pré-

contrato, ou se já acordou em perdas e danos, a interpelação do art. 14, *§* 1.0, do Decreto-lei n. 58 não mais se pode fazer. Se a faz o loteador, o interpelado pode alegar que é sem cabimento. Qualquer pedido de perdas e danos pUa inexecução‘ exclui a resolução.

A interpelação é comunicação de vontade; mas está envolvida pela opção pela resolução, que é *declaração de vontade,* dependente de recepção, irretratável. Qualquer atitude do loteador que importe, no período de trinta dias, em receber ou aceitar receber perdas e danos, ou reafirmar o pré-contrato contra a declaração de resolução, faz perder o loteador a pretensão resolutiva.

Essa pretensão, antes da mora, é irrenunciável; pode, Contudo, ser renovado o pré-contrato, ou, vencida a prestação e não paga, ser preferida a indenização.

§ 1.487. Forma da interpelação

1.NÃO TEM COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A interpelação para resolução do pré-contrato do Decreto-lei n. 58 rege-se pelo art. 14, *§§* 19, 29 e 39, e nada tem com o Código de Processo Civil.

Tudo se passa perante o oficial do registro, salvo o recurso que a lei dê para o juiz respectivo quando o oficial do registro transgrida a lei. Interpelação, portanto, *formal* e de *competência especial,* O loteador tem de interpelar o pré-contraente comprador e constituí-lo em mora. —Para êste efeito‖, diz o art. 14, *§* 1.0, —será êle intimado, a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro, a satisfazer as prestações vencidas e as que se venceram até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação‖.

Há trinta dias para que o interpelado pague. Se o faz, completamente, quanto ao que até a data do pagamento devia *ter* pago (não o que deverá pagar no trigésimo dia), purgada está a mora. Se o não faz, a resolução opera-se independentemente de decisão judicial; ou de ato do próprio oficial do registro. Por isso mesmo, se o devedor paga, purgada a mora, o pré-contrato continua incólume. Na sua linguagem imprópria, a técnica, o Decreto-lei n.

58, que concebeu a mora como efeito da interpelação e deu trinta dias para a purga, disse (art. 14, *§* 2.0) —Purgada a mora, convalescerá o compromisso‖, O legislador que já usara a palavra —compromisso‖ em sentido não-jurídico, a têcnico, mais uma vez se afasta da terminologia jurídica e emprega, erradamente, o verbo —convalescer‖. Não há *convalescença,* conceito que só alude a vício que se ablui *(e. g.,* no brocardo *Quod initio vitiosum est tractu temporis convalescere no pctest),* a inválido que o denºa de ser *(e.* g., Código Civil, art. 208). Veja Tomo IV‘, *§§*

356, 3, e 387, 1.

2.RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA. Há de preceder à interpelação —requerimento‖

do loteador. Esse requerimento é declaração de vontade, pois estabelece entre o loteador e o oficial do registro, que é Orgão do Estado, *relação juridica processual administrativa,* O oficial do registro tem de entregar a *prestação administrativa,,* que consiste na interpelação (por parte dele, comunicação da interpelação, o que retira toa analogia com a relação jurídica processual judiciária, ou

chamamento à justiça) e, caso não purgue a mora o interpelado, de cancelar a averbação, o que é ato *constitutivo negativo.* De regra, os cancelamentos ou se fazem em virtude de sentenças mandamentais ou de atos constitutivos negativos dos próprios oficiais do registro; e êsse é o caso do art. 14, *§* 3,0, do Decreto-lei n. 58: —Com a certidão de não haver sido feito pagamento em cartório, os compromitentes requererão ao oficial do registro o cancelamento da averbação‖. Não só os dois pré-contratentes, juntos; qualquer dos dois, O interêsse é de ambos, e separável.

3.O DECRETO N. 3.079, ART. 12, *§* 2.0. O Decreto n. 3.079 acrescentou ao art. 12, como *§* 2.‖, o seguinte: —O

oficial juntará aos autos do processo de loteamento do compromitente cópia da intimação feita, assim como do recibo passado *ao* compromissário ao efetuar o pagamento do respectivo débito e, ainda, o recibo, que lhe deverá ser fornecido pelo compromitente, do recebimento e competente quitação, em cartório‖.

Aos autos o oficial do registro deve juntar: *a)* a cópia da 1 Interpelação, se o pré-contraente comprador purgou a mora, a cópia do recibo, que êle passou a êsse pré-contraente, por ocasião do pagamento, e o recibo, com quitação, do que êle, oficial, entregou ao pré-contraente interpelante; b) se a mora mio foi purgada, a cópia da interpelação que fôra feita.

Fica em aberto a situação, porque a) ou o pré-contraente vendedor requere o cancelamento, ou à) não no requere.

Se requere, a averbação será cancelada; se o não requere, nem no requere o outro pré-contraente, a única conseqUência da interpelação não é a resolução: pode bem ser que, fora do cartório, o interpelante haja aceito, antes de passar o trigésimo dia de mora, o pagamento, diretamente (o que é desaconselhável, pelas dúvidas em relação a terceiros), ou que tenham firmado o Contrato de compra-e-venda. Somente no caso de pagamento direto é que não cabe cancelar-se a averbação, porém a situa$o criada pelo pré-contraente vendedor, não remetendo o pré-contraente comprador, que desejava pagar, a cartório, pode criar~lhe dificuldades, se tiver, mais tarde, de alegar e provar que o pré-.contrato não se resolveu. Tudo aconselha a que, feita a Interpelação, êle não se ponha em contacto direto com o interpelada para execução do pré-contrato.

4.O ART. 12, *§* 3,0, *o* Decreto n. 3.079, art. 14, *§* 3,0, entendeu descer a pormenores quanto à *forma da interpelacão:*—A ‗intimação‖, disse êle, —será feita mediante a entrega, ao oficial do registro, de uma carta do compromitente-vendedor, em três vias, das quais uma será encaminhada ao compromissário-comprador faltoso, por intermédio do mesmo oficial, ou de seu auxiliar responsável, e outra restituida ao compromitente-vendedor com a certidão da intimação, ficando a terceira arquivada em cartório, com cópia autêntica daquela intimação‖. E

na a alínea: —Se fôr desconhecida a residência do compromissário

2

-comprador, ou se êste não fôr encontrado, a

intimação será feita por edital resumido, publicado duas vêzes, pelo menos, no jornal oficial respectivo e em jornal da sede da comarca de eleição, ou no da situação do imóvel, ou, na sua falta, em outro que nela circule. Decorrido s dez dias da última publicação, o oficial do Registro certificará o ocorrido, havendo-se por feita a intimação‖.

O Decreto n. 3.079 evitou o oficial de justiça. A entrega sob a responsabilidade do oficial do registro ou do seu substituto legal *(verbis "será* encaminhada.., por intermédio do mesmo oficial, ou de seu auxiliar responsável‖) será feita ao pré-contraente comprador, restituida ao pré-contraente vendedor, com a certidão da interpelação (portanto. *depois da entrega),* a segunda via e arquivada em cartório a terceira, com a cópia autêntica da interpelação.

5.INTERPELAÇÃO ADMINISTRATIVA. Trata-se, evidentemente, de *interpelação administrativa,* espécie intermédia, que não é a *interpelação judicial,* regida pelo Código de Processo Civil, nem a *interpelação extrajudicial privada.* Não se faz em justiça, nem entre particulares, diretamente; faz-se no plano do direito público administrativo, como ato de administração de serviços públicos, de registro. A natureza desse ato é a mesma que tem o de inscrição do loteamento ou de averbação dos pré--contratos. Passam-se perto, porém não em juízo.

O Código de Processo Civil não derrogou o art. 14, *§* 8.0, do Decreto n. 3.079, pela razão muito simples de que, disciplinando as ações oriundas do loteamento e execução de obrigações resultantes dos seus negócios jurídicos, de tratar da constituição em mora, nesse caso especial, cuja extraprocessualidade atendeu a intuitos especiais de política jurídica.

Isso não quer dizer que não possa o pré-contraente vendedor empregar a interpelação judicial, desde que dela conste a carta a que se refere o art. 14, *§* 30 e seja remetida pelo juiz ao cartório do registro de imóveis a via que há de ser arquivada, com a cópia autêntica da intimação. Aí, podem surgir dificuldades concernentes ao prazo para a purga da mora e recebimento do que é devido pelo interpelado. O prazo não corre, em cartório, como deve correr, antes de saber o oficial do registro que tal prazo se iniciou. Portanto, é do dia em que se arquivar no cartório a interpelação que o prazo há de começar a correr. Se o interpelado fosse, antes disso, purgar a mora, o oficial do registro ignoraria que o prazo estava a defluir, bem como o *dies a quo* para a contagem dos trinta dias.

A solução da dívida para purgação da mora não pode ser feita no cartório do juízo da interpelação; é função depositaria, especial, do oficial do registro onde se inscreveu o loteamento e se averbou o pré-contrato. Tudo isso mostra que se há de preferir a *interpelação de direito administrativo,* regulada pelo art. 14, *§* 39, do Decreto n.

3.079, por sua maior simplicidade.

A certidão da interpelação é em duplicata: na cópia, ou via, que se restitui ao pré-contraente interpelante, e na cópia, ou via, que se há . de arquivar em cartório.

6.DÚVIDA DO OFICIAL DO REGISTRO. Também no processo da interpelação pode surgir *dúvida* ao oficial do registro, ou por lhe parecer que há deficiência ou defeito de fundo, ou por lhe parecer que há deficiência ou defeito de forma. Naturalmente, o primeiro passo é a comunicação ao pré-contraente interpelante, oral ou escrita, de que deve satisfazer a exigência legal, ou corrigir o senão de fundo ou de forma. Se atendido, *toUitur que-estio.* Se não atendido, o oficial do registro tem o *dever* de lançar por escrito a sua *dúvida* no fazer a interpelação e de submeter a espécie à apreciação do juiz.

A resolução do juiz, em tal caso, é administrativa judicial, e processual civil.

Se o interpelado reside alhures, a interpelação pode ser de acordo com o Código de Processo Civil, por precatório de juiz a juiz. A carta ao interpelado, recebendo-a êle, basta para a validade e eficácia, ainda que tenha sido enviada a interpelação pelo correio. Os arts. 7.0~12 do Código de Processo Civil são aplicáveis <precatória por telegrama, radiograma ou telefone). A respeito, veja os nossos *Comentários* a esses

artigos.

A forma e o fundo dos editais são os do art. 14, *§* 39, do Decreto n. 8.079, por se tratar de ato administrativo, e não processual. Publicam-se duas vêzes, pelo menos, no jornal oficial respectivo e em jornal da sede da comarca de eleição, ou no da situação do imóvel, ou, na sua falta, em outro que nela circule (cp. Código de Processo Civil, art.

178, III). O prazo para as duas publicações, embora não o tenha o Decreto n. 3.079, há de ser, por analogia com o art. 2.0 do Decreto-lei n. 58, o de dez dias, pôsto que no art. 2.0 do Decreto-lei n. 58 se trate de três publicações.

Não há pensar-se em analogia com o art. 178, IV, do Código de Processo Civil.

§ 1488. Mora e purga da mora

1.PRÉ-CONTRAENTE COMPRADOR EM MORA. Sempre que se trate de mora do pré-contraente comprador, o art. 14 do Decreto-lei n. 58 pode ser invocado, se bem que nêle só se tenha falado de —vencida e não paga a prestação‖ do pré-contrato ou do financiamento. O Decreto n. 3.079, art. 14, antecipou-se à doutrina e à jurisprudência ao explicitar que, —não cumprida obrigação cujo inadimplemento rescinda o contrato‖, considerar-se-á êsse rescindido trinta dias —depois de constituído em mora o devedor‖. Rescisão, por inadimplemento, não existe; a palavra —rescisão‖ está, aí, em vez de —resolução‖.

1

2.— Quando o devedor, no prazo que se lhe dá na interpelação, se prontifica a pagar e paga, dá-se a *vurgatio monte.*

No Decreto-lei n. 58, art. 14, o devedor somente se expõe à resolução depois de trinta dias, contados do dia seguinte à interpelação, de jeito que tem trinta dias para purgar a mora. É o *prazo sobressalente,* o *Nachfrist* dos textos alemães e suíços. Os pré-contratos não podem encurtar êsse prazo. Seria de discutir-se se é dilatável por convenção explícita ou implícita; mas a melhor solução é considerar-se cogente o art. 14.

§ 1.489. Conceito de resolução

1.DECLARAÇÃO DE VONTADE RESOLVENTE. ,EXISTÊNCIA OU EFICÁCIA DO CONTRATO? A *declaração de vontade,* dirigida ao outro figurante, pela qual o concluído e eficaz se há de considerar *como não concluído,* e, pois, *sem eficácia;* chama-se *resolução;* e não rescisão, nem, tão-pouco, denúncia, ou revogação.

SObre a *resolução* e a *resilição* Tomos 1, *§* 38, e III, *§§* 251, 253 e 261, 2.

a)Se alguém fêz declaração de vontade dotada de fôrça vinculante, porém que ainda não produziu a conclusão do contrato, ou essa declaração de vontade entra na classe das declarações de vontade *irrevogáveis,* ou na classe das declarações de vontade *revogáveis.* Se pertence a essa segunda classe, outra declaração de vontade pode tirar a voz à primeira; quer dizer: *revogá-la.* Tal o que ocorre com a *revogação.*

b)Se foi concluído o contrato e o outro contraente incorreu em mora, sendo, por lei, caso de *resolução,* o contrato tem-se *como se* não houvesse tido conclusão: à eficácia positiva, constitutiva, do contrato, opõe-se a eficácia negativa, desconstitutiva, da resolução; de modo que todos os efeitos do contrato desaparecem, suprimidos pela eficácia negativa *ex tune.*

Discute-se se a resolução também atinge a *existência* do contrato, isto é, se vai ao passado desfazer a relação jurídica, ou se só se passa no plano da *eficácia* (Somente espíritos pouco seguros em cultura jurídica falam da resolução como desvalidação retroativa. A resolução de modo nenhum concerne à *validade.* A discussão somente pode existir no plano da *existencia,* ou no plano da *eficácia;* nada tem com os conceitos de válido e de não-válido.) 2.DENÚNCIA, RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO. Antes de tratarmos da solução segundo as investigações científicas e da solução segundo o direito civil brasileiro, apontemos os textos de direito positivo.

a)Na locação de serviços diz-se que, —não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato‖ (Código Civil, art. 1.221). Aí não há rescisão, nem resolução; há *denúncia.* Nos arts. 1.226 e 1.227, o Código Civil enumera causas para o locador dar por findo o contrato, isto é, denunciá-lo. No art. 1.229, aparecem as causas que podem ser

invocadas pelo locatário. No art. 1.247, há *resilição,* e não resolução. pelo dono da obra.

No Decreto-lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943, arts. 482 e 483, denúncia.

b) No art. 1.348, o editor pode fnºar prazo para a entrega da obra, se não fôra estipulado; a cominação é para sujeitar o autor a *resolução,* se não entregar. Já o art. 1.351 é diferente: contém denúncia. De *resilição* é o caso do artigo 1.247.

c) O caso do art. 1.092, parágrafo único, que é o de inadimplemento da obrigação de um dos contraentes, nos contratos bilaterais, não se pode considerar senão *resolução,* ou, se o contrato é dos que se executam continuamente, como a locação, *resilição.*

A resilição é mais frequente e trata-se, *mutatis mutandis,* como a resolução.

3.RELAÇÃO JURÍDICA —RESOLVIDA‖. CONSTRUÇÕES POSSI_nus. CARL CROME E li. DERNEURG.

OUTRAS OPINIÕES. A relação jurídica, de que se cogita quando está em causa resolução do contrato, *existiu:* ou (a) a resolução tem de desfazê-la no passado, raspando-a, de modo que o que *foi* denou de ser, no próprio passado; ou <6) é necessário entender-se que entre os contraentes surgiram obrigações e exceções novas que *elidem* as obrigações e exceções anteriores.

As duas construções são diferentes, uma se passa no *plano da existência,* e outra, no *plano da eficácia,* O problema tambem apanha os casos de resilição, ou se interpreta que o contrato *denºou de ser* desde nº momento, ou que *denou de ser eficaz.*

Nem o direito brasileiro, nem o alemão têm texto que f ir-me, de modo evidente, uma das construções. Ficou à doutrina. A ciência responde que ambas as construções são possíveis e apenas a construção *(a)* é mais simples, mais acorde com o que pensam os contraentes quando contratam, mais enérgica e mais cômoda, porque exclui, nos contraentes, toda a lembrança do ocorrido. (Os juristas preferem, de regra, essa transformação da eficácia negativa *ex time* em desconstituição radical,que atinge o *ser.* Não há dúvida que é isso o que se dá em caso de condição resolutiva, pois o contrato mesmo leva em si essa possibilidade de ser, de se desconstituir, pôsto que os figurantes possam conceber condições resolutivas só de eficácia, ainda parcial. Na resolução por declaração de vontade posterior, não é tão

simples o problema.) O Código Civil, arts. 647 e 648, presta-se mais à construção *(b)* que à construção *(a) ;* porém logo nos afasta o argumento o fato de ter o mesmo efeito (do art. 648) que a resolução, que é declaração unilateral de vontade, o *mutuus dissensus,* que é declaração bilateral, e ambas não cabem no art. 647, onde se diz: —Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha‖.

- 1A resolução destrói, *ex tunc,* toda a eficácia do contrato, de modo que cada um dos contraentes pode exigir que se reponha o estado anterior, a situação pristina. O exercício da pretensão de resolução faz nascerem, para ambos, novos direitos, pretensões e ações. Principalmente, o direito, as pretensões e as ações à restituiçao, isto é, à restauração *obrigacional* do estado anterior. Antes de ser exercida, a pretensão à resolução contém em si exceção às obrigações oriundas do contrato. Somente até aí, até à concepção (6), até essa concepção da resolução como coexistente com o contrato, e só relativa a eficácia, foram CARL CROME *(S2,stem,* II, 199-200) e H. DnNDURO

<Lehrbuch, II, *§* 108, V.)

A opinião *(a>,* que vai mais longe, vale dizer que entende atingida pela resolução a própria *existência* da relação juridica, divide-se entre os que a admitem nos contratos e em certos casos previstos em lei (R. STAMMLER, *Recht der Schuldver-biiltnisse,* 130; K. HELLWIG, *Áiupruch und Klagrecht,* 22 s., emparte; E. SECKEL, Gestaltungsrechte, *Festgabe fUr* RICHARDKoon, 222, em parte; H. WALSMANN, Em Beitrag zur Lehre vonder Wollensbedingung, *Jherings Jahrbiicher,* 54, 278 5.; W.I<xscn, *LTnmõglichkeit,* 144 s.) e os que têm a extinção comoeficácia da *condictio ob causam finitam* (enriquecimento injustificado), como P. OERTMANN (Die Bedeutung der Rticktrittser klãrung, *Seufferts Bltitter,* 1904, 77 s.) e F. SCHOLLMEYER *(Recht der Schuldverhtiltnisse,* 256). A concepção mais corrente, a *priori,* é a de C. CROME e H. DEENRURO; porém o direito positivo pode levar até o extremo a eficácia da resolução. Não é o que se passa com o direito brasileiro, dir-se-á, porque os arte. 647 e 648 mantêm a distinção entre a *realização da. condição resolutiva* e a *resolução exercido de pretensão.* O *contrarius consensus* ou distrato é declaração bilateral de vontade dos contraentes, que atinge a existência do contrato. Tem-se tido a resolução como declaração unilateral de vontade, excepcionalmente suficiente para o mesmo resultado radical, porém sem as conseqüências do art. 647. Diferença um tanto surpreendente, entre *inexistências.* Foi o rumo que tomou a doutrina. Veja Tomos III, *§*

305, e V, *§* 544, 4.

§ 1.490. Natureza e eficácia da resolução

1.DIREITO FORMATIVO GERAL DO IMPRESCRITIBILIDADE.

O direito de resolução é direito formativo gerador. Não há prescrição dele. Por outro lado, é obrigacional, e só se refere aos contraentes. Não vai buscar em mãos de terceiros a coisa alienada, o que ocorreria ~em caso de condição resolutiva (Código Civil, art. 647). O art. 648 é que nos interessa: —Se, porém, o domínio se resolver por outra causa subjerveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução. será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo beneficio houve a resolução, ação contra nº cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa ou seu valor‖. Note-se bem a alternativa da prestação do réu: ou presta a coisa; ou presta o valor dela.

2. EXERCÍCIO DA PRETENSÃO. Nos casos do art. 14 do Decreto-lei n. 58 (completado, interpretativamente, pelo Decreto n. 3.079), não há, de modo nenhum, desfazimento ou eficácia negativa *ipso iure,* e isso é afirmável a respeito de qualquer resolução oriunda de mora (cf. H. SIBER, Recht der Schuldverhaltnisse, G. PLANCK, *Komment ar,* II, 43 ed., 458): a resolução depende do exercício da pretensão a resolver o contrato. ~ sempre da máxima importância atender-se a que a resolução *ipso jure* depende de regra especial de lei, explícita. Construível, não há dúvida, ainda sôbre a base de silêncio declaração de vontade; mas, em todo caso, rara. No art. 14, de maneira nenhuma o silêncio tem êsse efeito.

3.FUNDAMENTO PARA AS RESTITUIÇÕES. O fundamento para as restituições havia de ser, para alguns, o enriquecimento injustificado, porque ficam *sem causa* as prestações contratuais já recebidas. Os princípios do enriquecimento injustificado não são os de restituição rigorosa, sem qualquer consideração de ter, ou não, havido enriquecimento. A doutrina propendeu para tratamento rigoroso das resoluções, ainda quando não se tenha, nos textos, alusão à restituição completa: a outra parte sabia que essa situação lhe adviria, em caso de resolução.

O cumprimento da restituição há de ser simultaneo. Se uma não

presta, a outra pode recusar-se a fazê-lo.

4.ESCOLHA TÉCNICA PELO LEGISLADOR. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. O legislador de 1987 podia ter concebido a *resolução* do contrato (no art. 14> como oriunda de presunção de vontade dos contraentes, ou como *condição resolutiva* (cp. Decreto-lei ii. 58, art. 12). A diferença é relevante, inclusive para a incidência do art. 647

ou 648 do Código Civil. A *condição reso1utiva* vai assaz fundo, desfaz, desconstitui toda a eficácia da relação jurídica. A resolução que resulta do que o art. 648 chama causa superveniente, aliás causa não prevista como condição resolutiva, não iria tão fundo, ou, pelo menos, não seria assente tal construção dela, ficando apenas no plano obrigacional.

A alusão do Decreto-lei n. 58, art. 12, à *condição resolutiva* é somente para o caso de ser *ilegítimo* ou *não-válido* (nulo, anulável) o titulo do loteador. Nos demais casos, são os princípios de direito comum que regem a mora do loteador, afeiçoados aos arts. 15 e 16.

§ 1.491. Condição resolutiva

1.NATUREZA DAS CONDIÇÕES. Quando a alguma declaração de vontade se apóe restrição negocial quer dizer: a declaração mesma tem aí uma das suas raias, tal que o negócio jurídico só tenha eficácia quando algo se der (suspensividade),

ou perca (resolutividade), se algo se der, a eficácia ou a existência mesma, a essa restrição se chama *condição*~ O

valor técnico da condição é enorme, porque se presta a in-. fluir na vida das outras pessoas, por se referir a *fatos futuros.* O negócio denºa de ser *de uma vez por todas,* de um jacto, instantâneo, para se estender no tempo.

Nenhum erro maior da que o de se ter como determinação anexa a condição, que limita a declaração mesma; porém a doutrina se libertou, em boa hora, do engano savigniano de lógica.

2.CONDIÇÃO SUSPENSIVA. A condição suspensiva, no tocante a negócios jurídicos de lotes, é rara, porque não‘ temos a compra‖e-venda de imóveis sob condição suspensiva. A condição resolutiva, não; tem aplicação frequente.

O Código Civil, no art. 647, foi claro em admitir a propriedade resolúvel: —Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha‖. O negócio jurídico é (conforme o dizer romano, de extraordinária finura) *purum, quod sub condicione resolvitur.*

3. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. A condição resolutória diz respeito à extinção da relação jurídica, ou à sua ineficácia, *ex time;* ou à terminação do negócio jurídico ou da relação~ jurídica. Essa é outra condição resolutiva, porque não passa da termo final incerto, mas termo (cf. K. R. voN CZYHLARZ, *Zur Lekre vos der Resolutivbedingung,* 6-30).

No assunto que agora nos interessa, que é o negócio juridico sobre lotes, a eficácia da condição resolutiva é *ex tureo,* e tudo se desfaz *como se* contrato não tivesse existido.

4.EFICÁCIA DA CONIÇÃO RESOLUTIVA SEGUNDO O DECRETO LEI N. 58, Art. 12. A resolução do art.

12 do Decreto-lei n. 58 não se passa apenas, à diferença da resolução do art. 14, no campo *obrigacional.* Se o pré-

contraente que tinha inscrito~ o seu terreno loteado e após pré-contratar, ou o vendedor, que saltou da inscrição ao contrato de compra-e-venda, sem pré-contrato entre esses dois momentos, está na situação de ilegitimidade ou invalidade de titulo, há condição resolutiva implicita no contrato (pré-contrato ou contrato de compra-e-venda, não importa) e a resolução do art. 12 nada tem com a resolução do art. 14. No art. 14, —resolução‖ é declaração unilateral de vontade de cujo exercício resulta ter-se como se não concluído o contrato; no art. 12, é *condição.*

Toda propriedade, regida pelo Decreto-lei n. 58, que fica, já em mãos do adquirente, nas circunstâncias do art. 12

(ilegitimidade ou invalidade do titulo de domínio), é propriedade resolúvel, no sentido do artigo 647 do Código Civil. O art. 648, que regula os casos do art. 14, de forma nenhuma regula os do art. 12. A condição resolutiva tem eficácia *real,* porque a inexistência se opera em todos os planos do direito. Veja Tomo XNº, *§* 1.601, 3.

§ 1.492. Resolução por mora do lotador

1. DECRETO-LEI N. 58, ART. 12. A condição resolutiva a que o art. 12 do Decreto-lei n. 58 se refere é inclusa, por fOrça da lei, no pré-contrato ou no contrato de compra-e-venda de lotes. Nada tem com inadimplemento fora dos casos do art. 12. Daí ficar o problema: ~ a *resolução* do contrato, a que se refere o art. 1.092, parágrafo único, também se pode pedir se a mora é do pré-contraente vendedor?

2.MORA E RESOLUÇÃO. Já vimos que a mora do pré-contraente comprador tem a consequência de o expor, trinta dias mais tarde, à resolução (Decreto-lei n. 58, art. 14). Porém não se falou do loteador moroso, O art. 12

cogita de *condição resolutiva,* que se há de subentender nos pré-contratos de compra-e-venda se *falta* —a legitimidade ou a validade do titulo de domínio‖. Resolução e condição resolutiva são coisas diferentes, conforme se viu: aquela é a eficácia de pretensão a resolução que nasceu da mora, ou outra causa; essa é mexa à própria declaração de vontade. A resposta obriga a conhecer-se, antes, o conteúdo exato do art. 1.092 e parágrafo único do Código Civil. Diz o artigo 1.092, alínea 1.a: —Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro‖. Na alínea 2.&: —Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contraentes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer presta- ção em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la‖. No parágrafo único: —A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos‖.

3.EXCEÇÃO —NON ADIMPLETO CONTRACTUS‖. CRITICA AO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO, *§* 322, ALÍNEA 1.&. O art. 1.092, 13 alínea, contém o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* ou *principio do adimplemento co-exato,* ou *principio da co-pontualidade,* segundo o qual não pode exigir quem não prestou o que devia. Se A pediu a B a

prestação, B pode exercer a exceção de contrato não adimplido, e será repelida a pretensão, ou a ação, como prematura, se o pretendente, ou o autor, não executou a sua própria prestação, ou se não oferece a execução dela; ou a sentença, atendendo a que a ação tem implícita a oferta, condena o réu que excepcionou, explicitando que as execuções por ambos devem ser simultâneas. (A última solução, que não se pode dar em todos os casos, apresenta certas dificuldades práticas, e daí as críticas que recaem no *§* 322, alínea 1.~, do Código Civil, alemão. Nêle foi dita que, se, nos contratos sinalagmáticos, um dos contraentes reclama, judicialmente, a prestação, que lhe é devida, o direito da outra de recusar-se a satisfazê-la, até que receba a contraprestação, somente tem a *eficácia* de fazer condenar a primeira a executar simultâneamente, *Zug um Zug,* isto é, em judiciário toma-lá-dá-cá.)

A redução do —direito‖ aliás da pretensão a essa execução simultânea, tal que o juiz tenha de condenar o réu a despeito da *exceptio non adimpleti contractus,* é, de *lege ferenda,* desaconselhável.

Em se tratando de *execução forçada* (ações executivas), não se expede o mandado executivo se a execução depende de prova de contraprestação devida ao executado pelo credor (Código de Processo Civil, art. 892). A regra é interpretativa da sentença e não entende com aqueles casos em que a *exceptio nbn adimpleti contractus* já foi, na ação, afastada, ou se houve mora de receber. Nas chamadas ações adjudicatórias, que são ações executivas, dá-se o mesmo.

4.PRINCIPIO DA CO-PONTUALIDADE. TEORIAS A RESPEITO.

A *exceptio non adimpleti contractus* é exceção dilatória, pois que, por ela, somente se recusa, provisôriamente, a prestação devida, invocando-se o *principio do adimplemento co-exato,* ou, melhor, *principio da co-pontualidade.*

Ela dura tanto quanto dura a obrigação, que tem o réu, de satisfazer a prestação ou apenas de prestar perdas e danos.

Se a obrigação do réu se *resolveu,* ou, em virtude do próprio art. 12 do Decreto-lei n. 58, ou outra causa, não cabe a exceção de contrato inadimplido, ao réu cabe alegar e provar que não existe mais a obrigação, coisa diferente de excepcionar por inadimplemento co-exato; ainda se a resolução só atingiu a eficácia. A mesma atitude há de ser a sua se se realizou a condição resolutiva.

A respeito do princípio da co-pontualidade, convém *precisar* qual é a atitude doutrinária do legislador brasileiro.

Há duas teorias sôbre o conteúdo do princípio, e as conseqüências práticas são diferentes. Adiantemos que, segundo uma, se o contraente presta o que deve e o outro denºa de prestar, nº não mais pode repetir, salvo com outro fundamento que o principio da co-pontualidade.

As duas teorias são respectivamente, de CER. FR. vON GLOCK, A. LANa, G. C. TREITSCHKE, C. W.

SCHENCK, F. SINTENIS e, principalmente, L. voN KELLER, em 1860, e de HEERWAET (Uber die *exceptio non adimpieti contra.ctus* und *non rUe adimpleti contractus, Archiv fiir die civilistische Prazis,* VII, 335-363), li.

DERNEURO *(Geschichte und Theorie der Competisation,* 2.8 ed. 63-71), W. II. PUCHTA, E. 1. BEKKER, F.

BnNHÕFT, A. vON VANGEROW, J. UNGER, V. PUNTSCHART *(Dte Juizdamentalen Rechtsverhtiltnisse,* 207), A. BECHMANN *(Der Kauf,* 1, 568 s.; II, 180 s.), H. DERNEURO *(Pandekten,* II, *§* 20;73 ed., II, 56 5.; 8.8

ed., II, 584 s.). Observe-se que a questão *era* puramente processual (A. VON VANGE.ROW, *Lehrbuck,* III, 7.~

ed., 286); porém o Código Civil alemão, *§* 329, e o Código Civil brasileiro, art. 1.092, alínea 1.8, a trouxeram para o campo do direito material, enquanto o legislador do Código suíço das Obrigações cruzou os braços. A materialização era, têcnicamente, aconselhada.

Eis as duas teorias:

(a) A prestação devida pelo contraente é considerada condição da sua pretensão: sem o cumprimento daquela, não pode êle exigir que o outro contraente satisfaça a sua. Portanto, ao juiz caberia verificar se o princípio da co-pontualidade foi atendido, ou se a oferta de execução está em ordem.

(b) A prestação devida pelo contraente é *relativamente* independente da outra; apenas um presta, porque é obrigado, e se obrigou para obter a prestação do outro. Ao juiz não caberia entrar em mais indagações que as relativas ao contrato mesmo, em seu teor. Daí a *exceptio non adimpleti coiztractus,* que é exceção e só exceção. Se não houve exceção, o juiz não tem cognição até aí.

Haveria terceira teoria (c), que seria a da absoluta independência das duas prestações. Porém fugiria a certa

.exigência de segurança, que está à base da justiça na conclusão e execução dos contratos.

5.INCIDÊNCIAS DO PRINCIPIO. O principio da co-pontualidade dá às vêzes direito de retenção e outras vêzes *exceptio non adimpleti contractus,* além de outras incidências. A *exceptio* é um dos casos, como o direito de retenção. Não há exclusão da ação; há, apenas, dilação. O juiz brasileiro aprecia as circunstâncias e fica com a faculdade de julgar que *a)* o contraente autor pediu prematuramente, ou b) que ambos se atrasaram, caso em que, a despeito da exceção *non adimpleti contractus,* a sentença será concebida como submetendo a execução à simultaneidade, ou e) que não procede a exceção. Não cabe, então, falar-se em resolução, porque o que usa da exceção de inadimplemento *exciutu,* por isso mesmo, a declaração de vontade resolutiva.

Com a *exceptio noiz adimpleti contractus,* o ônus da prova passa ao autor, isto é, a quem pediu a execução; porque, sendo bilateral o contrato, o autor mesmo admitiu que há contra-prestação. Se êle afirma que o outro contraente, o réu, tinha de prestar primeiro, o ônus de prová-lo lhe incumbe. Aliás, também lhe incumbe o de afirmar, porque o principio geral é o de serem simultâneas as prestações. Se êle tinha de prestar primeiro, todo o ônus lhe cabe quanto à afirmação e prova da execução, e então não cabe exceção, a defesa do réu é *elidente* da afirmativa e da prova do autor: não excepciona, *contesta.* Divergem, porém, P. OERTMANN *(Recht der SchuULverhi.tltnisse,* 33 e 43 ed., 182), F. SCHOLLMEYER *(Das Recht der einzetrien Schuldverhdltnisse,* 187), mais B. MATTHIASS *(Lehrbuch,* 1, 216) e P. LANGHEINEKEN *(Anspruch und Einrede,* 96), de um lado; e, do outro, E. LÍIBBERT (Der Kreditvertrag, *Jkertngs .fahrUicher,* 52, 357), sendo que aqueles permitem a exceção.

Porém é claro que há a exceção, uma vez que a exceção *non adimpleti contractus* funciona no caso de simultaneidade e de prestação prévia do autor. O que se passa é que o réu, podendo o mais, pode o menos.

§ 1.493. Diminuição do patrimônio

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.092, ALÍNEA 2.8. A alínea 23 do art.. 1.092 do Código Civil, que diz —Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação

em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la‖, é *regra de caução.* Trata-se de reforçamento da exceção *non adimpleti contractus,* nos casos note-se bem . em que não há fiança ou outra garantia e se permite a *pretensão á segurança,* para que a insolvência do obrigado não exponha a risco o que tem de prestar primeiro. Tal caução não se confunde com as que tenham outros fundamentos.

2.PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA DE LOTES. No caso que aqui nos interessa, que é o do pré-

contrato de compra-e-venda de lotes, o art. 12, *§* 2.0, 2.8. alínea, do Decreto-lei n. 58, diz: —Também não o resolve a sentença declaratória de falência: na dos proprietários, dar-lhe-ão cumprimento o síndico e o liquidatário; na dos compromissários, será êle arrecadado pelo síndico e vendido, em hasta pública, pelo liquidatário‖. (—Vendido‖, expressão bem imprópria para significar a hasta pública de transferência de contrato.) A regra de modo nenhum limita ou elide a do art. 1.092, alínea 2.8., porque resolução em virtude de falência e caução com base no art.

1.092, alínea 2.8, são coisas diferentes.

O art. 1.092, alínea 2.8., continua invocável, ainda nos casos de pré-contratos de compra-e-venda regidos pelo Decreto-lei n. 58.

§ 1.494. Resolução do pré-contrato

1. AINDA O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO. PRINCÍPIO DA PRETENSÃO À

SEGURANÇA DA PRESTAÇÃO PRIMEIRA. PRINCIPIO DA RESOLUÇÃO PELO NÃO-ADIMPLEMENTO.

O Código Civil, art. 1.092, parágrafo único, estatui: —A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos‖. A primeira obra da doutrina é a de fnºar se êsse parágrafo único é dependente do art. 1.092, alínea *23,* ou se, não obstante a sua subordinação material, gráfica, o seu conteúdo nada tem com o art.

1.092, alínea 23. Se fosse simples parágrafo, o inadimplemento, de que se fala, somente seria o inadímplemento por insolvência (art.

1.092, alínea 2.8., *verbis* —diminuição em seu patrimônio‖). Em verdade, as três regras do art.

1.092, alínea 1.8., art. 1.092, alínea 23, e art. 1.092, parágrafo único, são três regras de conteúdo autônomo. Nos contratos bilaterais, há o *princípio da co-pontualidade;* há, se um dos contraentes tem de executar primeiro que o outro, o *princípio da pretensão à segurança da prestação primeira;* e há, em quaisquer casos de sinalagmaticidade, outro princípio, o *princípio da resolução pelo não-adimplemento.*

2.NATUREZA DA CATEGORIA DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO. O segundo ponto a esclarecer-se é o da natureza da regra do art. 1.092, parágrafo único, tanto mais relevante quanto CLÓVIS BEvILAQUA *(Código Civil comentado,* IV, 259) considerava a categoria do art. 1.092, parágrafo único, condição resolutiva tácita, o que era confusão lastimável entre condição resolutiva e direito à resolução, pois a reso lução se produz, então, pelo exercício de direito formador, que consiste em declaração unilateral do contraente. erro grave o de se tomar uma categoria por outra.

§ 1.495. Eficácia da condição resolutiva e da resolução

1.DISTINÇÃO IMPRESCINDIVEL. A condição resolutiva do art. 12 do Decreto-lei n. 58 teve a sua eficácia bem definida

§ 1.496. ANTECIPAÇão DO PAGAMENTO

(art. 12, *§* 1.0) : —Em caso de resolução, além de se devolverem as prestações recebidas, com Juros convencionados, ou os da lei, desde a data do pagamento, haverá, quando provada a má fé, direito à indenização de perdas e danos‖. A restituição de todo o recebido é eficácia *ex tune* da condição resolutiva, que o art. 12 criou. As perdas e danos vêm, aí, devido à má fé.

2.CÓDIGO CIVIL, ARTE. 119 E 647. Quando se tratar de condição resolutiva que os pré-contraentes hajam estabelecido, direta ou indiretamente, a regra que se há de invocar é a do art. 119 ou, se fOr o caso, a do art. 647 do Código Civil.

3.RESTITUIÇÃO. A eficácia da resolução, proveniente do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, é a de restituição, porém não

realmente, por ser só *obrigacional* a eficácia (cf. Código Civil, art. 648). Antes, *§* 69.

§ 1.496. Antecipação do pagamento 1. ANTECIPAR OU PAGAR TODO O PREÇO. O Decreto-lei n. 58, art. 15, estatuíu: —Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra-e-venda‖. A regra é que o devedor somente execute a prestação com o nascimento da pretensão do credor, isto é, quando se torne exigível. Se os contraentes estão de acOrdo, nada obsta a que se execute, por antecipação, a prestação, de modo que a *execução* preceda ao *crédito:* quando a pretensão nasce já está extinta. Por isso mesmo, se ela não nascer, o que foi executado pode ser repetido, por falta de causa.

Nos casos do art. 15 do Decreto-lei n. 58, é a lei que permite, como regra contratual que se impõe *(ius cogens),* a antecipação das prestações. Deve-se entender que o pré

-contraente comprador pode: *a)* pagar uma, duas ou mais Prestações futuras, quando lhe apraza; b) pagar uma ou duas, 011 mais prestações frituras, de maneira que solva tOda a divida. Sempre que há juros sôbre as prestações devidas, tem de ser feito o desconto se incluídos eles nas prestações. A lei criou, com o art. 15, o dever legal de aceitar a solução total antecipada. Se o loteador recria as prestações adiantadas, incorre em infração do contrato.

2.RECUSA DE OUTORGA DA ESCRITURA. Tudo se desenvolveria segundo os princípios, porém o Decreto-lei n. 58 entrou na parte processual (art. 16) : —Recusando-se os compromitentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos dez dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório‖. O Código de Processo Civil, art. 346, der-rogou o art. 16:

—Recusando-se o compromitente‖ que pena ter-se conservado êsse erro de terminologia! —a outorgar escritura definitiva de compra-e-venda, será intimado, se o requerer o compromissário, a dá-la nos cinco dias seguintes que correrão em cartório‖. Cinco dias, em vez de dez. O art. 346, *§* 1.0: —Se o compromitente nada alegar, o juiz, depositado o restante do preço, adjudicará o lote ao comprador, mandando: a) que se consignem no termo, além de outras

especificações, as cláusulas do compromisso; *b)* que se expeça a carta de adjudicação, depois de pagos os impostos devidos, inclusive o de transmissão; *c)* que se cancele a inscrição hipotecária relativa aos lotes adjudicados‖. No fundo, o mesmo que se estabelecia no art. 16~§ 19.

O *§* 2.0 do art. 346 do Código de Processo Civil acrescentou: —Se, no prazo referido neste artigo, o compromitente alegar matéria relevante, o juiz mandará que o compromissário a conteste em cinco dias‖. E o *§* 3. —Havendo alegações que dependam de prova, proceder-se-á de conformidade com o disposto no art. 685‖. O art. 685 diz: —. .

.0 juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de untríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento‖.

3.HIPoTECA. A hipoteca *quanto ao lote* tem de ser cancelada. ~ o que, no mesmo sentido do Decreto-lei n. 58, art. 16, § 1?, c),estabelece o art. 346, *§* 4□o, do Código de Processo Civil: —Estando a propriedade hipotecada, será também citado o credor para autorizar o cancelamento parcial da inscrição, quanto aos lotes comprometidos‖.

Não se trata só de citação, mas de *interpelação,* que constitui em mora de *declarar* o credor hipotecário, podendo o juiz sentenciar com a eficácia constitutiva negativa (cancelamento parcial). provàvelmente com fôrça mandamental, se competente o juiz do registro.

§ 1.497. Ação do loteador

1.PRETENSÃO À ESCRITURA DEFINITIVA. O loteador que recebeu todas as prestações também tem a pretensão a que se lavre a escritura de compra-e-venda. É a ação de todo devedor para executar a sua obrigação.

Simples interpelação, seguida, eventualmente, de —depósito‖. Portanto, *consignação em pagamento.* O Código de Processo Civil, art. 347, disse:

~O compromitente que houver recebido todas as prestações, e apresentar documento comprobatório do registro, poderá requerer a notificação do compromissário, para no prazo de trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura definitiva de compra-e-venda‖. No parágrafo único: —Não sendo assinada a escritura nesse prazo, o lote comprometido será depositado, por conta e risco do

compromissário, que responderá pelas despesas judiciais e custas de depósito‖. Assim já era sob o Decreto-lei n. 58, art. 17.

2.ExEcuçÃo DA OBRIGAÇÃO, POREM NÃO —TRANSFERÉNCIA REAL‖. Não pode o loteador exigir que o pré-contraente comprador assine a escritura de compra-e-venda (compulsão a comprar): pode afastar de si mesmo toda a responsabilidade, *depositando* o lote. Julgado o depósito, a sentença tem efeito anexo para se cancelar‖, *ex nunc,* a inscrição do lote em nome do loteador. Para isso, tem de ser *averbada* no Livro n. 8 e *transcrita* no Livro n. 3. Donde ter eficácia semelhante à *renúncia* transcrita: o loteador denºa de ser proprietário, sem que se torne proprietário o pré-contraente comprador incurso em *mora creditoris.* O loteador executa, assim, a sua obrigação, porém não *executa* a transferência real.

O pré-contraente comprador, incurso em mora, pode requerer ao juiz que julgue o depósito com a sua aceitação tempestiva, e a transcrição terá a eficácia de transmissão real. Se o não requereu, tem de reexpor o caso ao juiz, aludir à transcrição feita, ou ao trânsito em julgado da sentença, e pedir que se complete a transcrição. Até passar em julgado a sentença é tempestivo nº requerimento. Se há coisa julgada, há *pedido* posterior, ação constitutiva, que somente cabe se não houve renúncia ou abandono da parte do pré-contraente comprador.

3. RESCíSÃO. O comprador e o pré-contraente comprador têm ação de *rescisão* por vícios redibitórios. (Código Civil, arts. 1.101-1.106), é de rescisão *rescisio* que se trata, e não de denúncia, nem de resilição, ou de resolução.

O que foi feito desfaz-se, pelo corte que a lei admitiu em tais casos de redibição. Enjeita-se, com fundamento legal, a coisa, que se recebeu. Houve ignorância do vicio ou defeito que tornaria a coisa imprópria ao seu uso: a lei intervém para dar a ação de rescisão pelo vício redibitório.

CAPITULO XI

FINANCIAMENTO (EMPRÉSTIMO E EMPREITADA)

§ 1.498. Empréstimo para o loteamento

1.PRINCIPIO DA INDIVISIBILIIL4DE DA GARANTIA REAL. *À* lei atendeu ao *quod plerum que .fit* quando formulou normas que assegurassem a divisibilidade *ex lege* do crédito real sôbre o terreno loteado. Foi afastado, por isso mesmo, o *principio da indivisibilidade da garantia real.* Ou não há ônus real que carregue o imóvel, e então o depósito segundo o art. 1.0 se faz com a certidão negativa (art. l.~, IV); ou há ônus real, e o memorial tem de ser acompanhado de escritura pública em que o respectivo credor —estipule as condições em que se obriga a liberar *os lotes* no ato do instrumento definitivo de compra-e-venda‖.

Â propriedade loteada embora parcelada, como está é parte do patrimônio de alguém, pessoa física ou jurídica, que a pode alienar, ou ser sucedida por outrem. De regra, 4 empresa que explora os loteamentos. Seja como fôr, ninguém loteia sem ter organização, ainda que simples e deficiente, para o anúncio, as conversações prévias, os pré-contratos e contratos, as cobranças e a propositura de ações ou as defesas judiciais ou extrajudiciais.

2.PRETENSÃO A LIBERAR-SE. Aqui surgem algumas questões. Se o proprietário, ou proprietários, do terreno, ou dos terrenos, juntaram a escritura de hipoteca de empréstimo Para o financiamento, isto é, hipoteca que teria de recair sôbre OS lotes, e não se disse qual o regime da liberação, a referência da escritura ao futuro loteamento basta para que se entenda que se abriu mão do principio da indivisibilidade da garantia real: cada adquirente de lote, ao conseguir a escritura definitiva, tem *pretensão a liberar-se.* Se tem, por igual, a *obrigação de liberar-se* depende de interpretação da escritura de empréstimo.

3.UNIÃO DE TERRENOS. Se dois ou mais terrenos 1 oram unidos e somente sôbre um deles foi inscrita hipoteca, pôsto que o loteamento de todos eles corra por conta, no todo ou em parte, desse empréstimo, entende-se que o credor hipotecário, que conhecia a destinação do capital mutuado, abriu mão do princípio da indivisibilidade da garantia real *sempre* que se tenha de alienar um dos lotes tirados do terreno hipotecado. *Aliter,* se não sabia que o capital mutuado seria para loteação.

4. ESTIPULAÇÕES CONTRA O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA GARANTIA REAL. O credor hipotecário ou outro credor real pode estipular que não se derrogue o princípio da indivisibilidade da garantia real.

Então, o vendedor é obrigado a liberar todo o imóvel loteado antes de pedir o depósito. Pergunta-se: se todos os pré-contraentes anuem em que o imóvel continue indivisivelmente gravado de ônus real, ~é permitido ao oficial do registro inscrever o loteamento feito? A inscrição é a entrada no mundo jurídico e extingue o terreno como objeto de direito para que exsurjam os *novos* terrenos, parcelas daquele. Ora, ~ essa divisão, êsse parcelamento, é incompatível com a indivisibilidade da garantia real, uma vez que se tornou *juriídico* êsse parcelamento? É certo que o Código Civil, no art. ═758, diz que —o pagamento de uma ou de mais prestações da divida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que essa compreenda vários bens, *salvo disposição expressa no titulo ou na quitacão".*

Mas isso não acontece sem *declaração de vontade do credor,* por ocasião da conclusão do contrato de empréstimo, ou por ocasião do recebimento da prestação. E estamos a raciocinar com as hipóteses de não se ter admitido o loteamento com influência na liberação parcial, de ter permanecido contrário *à* juridicização do loteamento.

Se o oficial do registro inscreveu o loteamento, ou o juiz decidiu pelo registro, a falta das cláusulas referentes *à* liberação parcial não é causa de nulidade do registro. O art. 1$, *§* 3~O, tem apenas eficácia impediente. (O —não impedem‖ do art. 1.0. *§* 2.0, está no sentido de que *não tornam nulo* o registro; e não de *não-impedem nem dirimem.* A certidão positiva do ônus real pode impedir; mas, se, a despeito de tal certidão, foi feita a inscrição, *vale* essa.)

5. LIBERAÇÃO PARCIAL. A hipoteca, ou outra garantia real, passa a ser sôbre todos os ,lotes como terreno nãoloteado; e, enquanto não se der banºà em toda a divida, nenhum lote se libera. Salvo se o credor abre mão da indivisibilidade da garantia real ao dar quitação ao adquirente do lote. Essa é a quitação parcial, a líbito do credor, que se menciona no Código Civil, art. 758. Divisibilidade que tem de ser estudada, porque parece que se atribui à quitação a mesma eficácia que teria a declaração de vontade por ocasião da conclusão do contrato de mútuo.

Vejamo-lo.

6.SOLUÇÃO DA DÍVIDA. TEoRIAs SOBRE O PAGAMENTO.

O cumprimento, a *solutio,* é, por definição, a extinção da obrigação pela realização da prestação devida. Discute-se se o cumprimento, incluído o pagamento em dinheiro, nas obrigações pecuniárias, é *(a)*

negócio jurídico, ou *(b)* não; se se afirma, alguns vão mais longe e discrepam quanto à natureza do negócio jurídico, isto é, se *(a,* 1) é contrato ou se <a, 2) não é de contrato que se trata. Existiria, então, se (a, 1), simplesmente —contrato de solução‖

(P. KLEIN, *fie Natur der* causa solvendi, 45; E. ENDEMANN, *Lehrbuch,,* 1, 795; A. VON Tuna, *Der Aligemeins TeU,* III, 82, nota 128, Zur Lebre von der Anweisung, *Jkerings Jahrbúcher,* 48, 6; H. JAcKIsCH, Der Begriff der Erfúllung, *Jherings Jahrbitcher,* 68, 287; antes,

F. SAvIrnqy, *System,* III, 312; E. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* II, 481 s.>. Ainda pensavam assim L. BRÍYTT *(fie o,bstrakten Forderungen,* 30 s.), F. LENT (fie Anweisung, 7 s. 80 s.); H. KItEss *(Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 446 5.);* contra, H. LEHMANN *(Lehrbuch,* II, 205).

A opinião *(a)* ainda permite a variante dos que se contentam com a declaração de vontade de extinguir a obrigaÇão, o *animus solvendi,* e exigem contrato de cumprimento sõmente quando não se possa cumprir a obrigação sem aceita ção por parte do credor. Assim, L. ENNECCERUS (antes da edição de E. LEHMANN), L.

ROSENBERG (Der Verzug des Glãubigers, *Jherings Jahrbiicher,* 43, 201>, E. STAMPE (Aus einem Freirechtslehrbuch, *Arohiv flir die civilistisobe Pra.xis,* 107, 285 e 314), e A. MANIGK *(Die Lehre von d.*

Wilenserklitrung, 405 e 728; *Das Anwendungsgebiet,* 40-46).

A opinião (b), que nega caráter jurídico ao cumprimento da obrigação, assenta na consideração de que cumprir é apenas executar, realizar o que a norma, dirigida ao devedor, impõe, de modo que lhe falta a negocialidade. Assim, 1'. OERTMANN *(Das Recht der Schuldverhdltnisse,* 3~t4.a ed., 255 e.), P. KRETSCHMAR *(fie ErfiiIlung,* 1, 100

s.) ; antes, E. PEERSCRE *(fie Bereicherungsklagen,* 100). Dentre os comentadores, E. SIaER, em G. PLANCK

(Kommentar, fi, lY parte, 472 e.); ei. O.BOEHMER *(Der ErfUflungswille,* 37 s. e 80).

Assentar-se qual a verdadeira natureza do pagamento é uma das importantes soluções científicas do direito das obrigações e da Teoria Geral do Direito.

Em *estado puro,* o pagamento não é negócio jurídico: é ato de

prestação, fato, que independe da vontade do devedor ao solver e da vontade do credor em aceitar, tanto assim que a omissão no cumprimento pode bastar, ainda que sem a ciência do executante, mesmo se pessoalmente pagador (ei. H. LEMMANN, *Die Unterlassungspflicht,* 204 s.). Pode dar-se que o conteúdo desse ato seja negócio jurídico; mas isso é outra coisa. Tal é o que ocorre nas obrigações de emitir declaração de vontade ou de concluir contrato. Por outro lado, o pagamento pelo louco ou pelo menor de dezesseis anos *vale.* O artista que, ébrio de ópio, deu o concêrto, *executou* a sua obrigação. Veja Tornos III, § 308, e IV, § 386, 7.

O pagamento não é declaração de vontade. Portanto, tem--se de afastar que a quitação do art. 758 do Código Civil tenha, necessariamente, de ser novação, ou substituição de devedor. Ou serve a quitação parcial liberadora da parte como interpretação do negócio jurídico, ou é a lei mesma que tira dos *fatos* de solver e receber a consequente liberação parcial, e a quitação, ainda aí, é conseqüências prova. Se não se estabeleceu que poderia ser paga a dívida parcialmente, tem o devedor de pagar de uma só vez tOda ela. Se o credor recusa, nem por isso ocorre em *mora accipiendi,* ao passo que o devedor, somente oferecendo parte do pagamento, cai em *mora debitoris.* Mas, se o credor dá quitação da parte iit *casu,* se dá quitação de fração correspondente a um lote libera êsse lote, ainda que não se tenham estipulado o pagamento e a liberação por lotes. Não se opera novação, nem substituição subjetiva, porque o pagamento é ato-fato, e não negócio jurídico. O direito brasileiro permite, se o credor recebe e dá quitação, que o pagamento seja parcial. Restaria discutir-se se essa quitação ato do credor é declaração de vontade, ou negócio jurídico, em vez de simples instrumentação, É certo que não se precisa, para o pagamento, da vontade do credor; porém, aí, dir-se-á, *Ele* admite pagamento que não seria o normal.

7.QUITAÇÃO. Quitação é apenas meio de prova, como a confissão. Nem é negócio jurídico, nem, *a. fortiori,* contrato.

A quitação parcial significa que o devedor pagou somente parte e o credor a recebeu. Veja Tomo II, § 238, 1, e quadro do § 159. Se o credor recebeu o pagamento parcial da hipoteca, ou outro ônus, e deu quitação, que corresponda a determinado lote, ou a determinados lotes, estão esses liberados. Para que se possa pensar em interpretação do negócio jurídico do empréstimo é preciso que existam sinais de declaração de vontade, no negócio jurídico, de que o credor admitiu a divisibilidade da garantia pelos lotes. Se essa vontade não existiu, a quitação tem a função que também lhe confere o Código Civil, art.

758, v *erbis* —salvo disposição expressa... na quitação‖.

Sempre que no contrato de mútuo se alude a futuro loteamento, é de entender-se que se permitiu o pagamento pelos lotes. Se não se aludiu e somente há sinais que não façam convincente a afirmação de se haver permitido o recebimento pelos lotes, a quitação parcial é interpretativa. Se nenhum sinal existe, o credor abriu mão da pretensão a haver o todo de uma só vez.

§ 1.499. Empréstimo feito pelos vendedores

1.DESCRIÇÃO FEITA PELA LEI. A lei distinguiu o empréstimo <a) que se faz aos donos do terreno, ou dos terrenos unidos, ou aos futuros adquirentes, através dos donos do terreno, ou dos terrenos, o que é possível fazer-se conforme o

§ 1.499. EMPRÉSTIMO FEITO PELOS VENDEDORES art. 1.098 do Código Civil, por estipulação em favor de terceira (sucessor entre vivos) ; e o empréstimo *(b)* que os donos do terreno, ou dos terrenos, fazem aos adquirentes ou futuros adquirentes dos lotes.

2.O DECRETO-LEI N. 58, ART. 18. Disse o art. 18 do Decreto-lei n. 58: —Os proprietários ou co-proprietárias dos terrenos urbanos loteados a prestação, na forma desta lei, que se dispuserem a fornecer aos compromissários, por empréstimos, recursos para a construção do prédio, nos lotes comprometidos, ou tomá-los por empreitada, por conta dos compromíssários, depositarão no cartório do Registro Imobiliário um memorial indicando as condições gerais do empréstimo ou da empreitada e da amortização da dívida em prestações‖. No § 1.0:

—O contrato, denominado de financiamento, será feito por instrumento público ou particular, com as especificações do art. 11, que lhe forem aplicáveis. Êsse contrato será registrado, por averbação, no livro a que alude o art. 42‘, fazendo-se-lhe resumida referência na coluna apropriada‖. No § 2?: —Com a memorial também se depositará o contrato-tipo de financiamento, contendo as cláusulas gerais para todos os casos, com os claros a serem preenchidos em cada caso‖.

Observe-se, desde~ logo, que o art. 18 conseqüências se refere a

—terrenos urbanos loteados‖: no loteamento de terrenos rurais podem ser financiados pelos proprietários, como por estranhos, construções, inclusive casas, fábricas, maquinarias, depósitos, reprêsas e eletrífícações, saneamento e estradas de ferro, ou de rodagem; porém é regido o financiamento pelo direito comum, onde, aliás, é permitido à contrato de mútuo por instrumento particular. Outrossim, não há, então, a ligação, *ex lege,* do art. 20, se bem que, se possa pactuar no pré-contrato, a responsabilidade *pessoal* dos adquirentes, qualquer que seja o titulo. A construção jurídica da relação dos arts. 18-20 não serviria, pelo que se infere, às zonas rurais, no parecer dos legisladores. Defeito ou vicio de mentalidade citadina, que traduz a crença na preeminência das cidades.

O problema (ii) de técnica legislativa era o seguinte: Como fortalecer o contrato de empréstimo para financiamento de construções urbanas. ou não, entre o pré-contraente vendedor e a pré-contraente comprador ou os que adquirem o Me, atendendo-se aos intuitos de precaução que inspiraram outras regras da lei e com eficiência para todos os pré-contraentes e contraentes? Desde logo, o legislador o reduziu a problema de financiamento de construções urbanas.

Note-se de início que o empréstimo é entre o proprietário ou proprietários do terreno ou dos terrenos e as pessoas que ainda não têm a escritura definitiva dos lotes. Não se poderia pensar em hipoteca do bem ao proprietário ou proprietários:

ainda não se transferiu aos pré-contraentes a propriedade dos lotes. A lei adotou a *averbação* no mesmo livro em que se inscreve o loteamenta e em que se averbam os pré-contratos. O Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, art. 18, § 1.0, □a alínea, explicitou: —O cancelamento da averbação do contrato acessório de financiamento 2

far-se-á nos mesmos casos do art. 79‖. Esses casos são : o requerimento das partes (mutuante, mutuário) ; resolução do contrato; transcrição do contrato definitivo de compra-e-venda, salvo se foi estipulado que permaneceria a dívida depois da aquisição; sentença judicial.

O Decreto n. 3.079 passou além da função regulamentadora, porém a sua interpretação da lei foi, aí, exata.

A referência a —instrumento particular‖, que se lê no artigo 18, § 1.0, era recomendável, para que se nio interpretasse ser exigida, devido à eficácia a *lege* (art. 20), a escritura pública.

3.CONTRATO-TIPO. Há contrato-tipo de financiamento que se deposita; porém não se pense em contrato inalterável:

a lei admite, a par das —cláusulas gerais para todos os casos‖, *claros* ou brancos em que se escrevam as que melhor parecerem, a cada pré-contrato, ou contrato, aos interessados. porém, que as cláusulas gerais existam, e não se tenha por fito, apenas, usar do registro para simples —canilho sem tela‖ de contrato de financiamento vazio de declaração de vontade.

Andou bem a lei em dar exemplo de contrato que não é de financiamento, mas simples fornecimento a prazo ou à vista de materiais (art. 18, *§* 3.0) —Não se considera financiamento o simples fornecimento de materiais para a construção do prédio no terreno comprometido‖. Aliás, também não é contrato de financiamento, no sentido do Decreto-lei n. 58: a) o empréstimo para inversão no pagamento das prestações; o empréstimo para preparação do terreno; o) o empréstimo para pagamento de ônus real que esteja gravando o terreno loteado. Mas é contrato de financiamento o que tenha como conteúdo o mútuo do dinheiro suficiente, ou parte do custo do prédio construído *por outra empresa,* ou *em construção.*

4.TRANSFERENCIA. ACRÉSCIMOS FEITOS PELO DECRETO

N. 3.079. Diz o art. 19: —O contrato de compromisso não poderá ser transferido sem o financiamento, nem êste sem nº. A rescisão do compromisso de venda acarretará a do contrato de financiamento e vice-versa, na forma do art. 14‖. O financiamento é para inversão na construção de prédio; de modo que a sorte do contrato de empréstimo se liga à do pré-contrato. Resolvido, por culpa do mutuário, o contrato de financiamento, resolvido está o pré-

contrato. Não se pode considerar resolvido o pré-contrato, se a culpa, na resolução do contrato de financiamento, é devida ao mutuante, Aliás, a resolução do pré-contrato, por culpa do mutuante, atinge o contrato de financiamento, porque ficaria êsse sem interêsse para o mutuário pré-contraente.

O art. 19, 2.a parte, alude ao art. 14 onde se diz —Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrata rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor‖. O Decreto n. 3.079 desenvolveu-o no seu art. 14:

—Vencida e não paga a prestação *do compromisso ou financiamento, ou não cumprida obrigação cujo inadimplemento rescinda o contrato,*

considerar-se-á êste rescindido 80 dias depois de constituído em mora o devedor, *prazo êste contado da data da intimação, se o compromitente-vendedor conceder, por escrito, prerrogação de prazo".* Tudo que se pôs em letra grifa não está no texto da lei. Convém examinar cada acréscimo.

A referência a —prestação‖ era somente à prestação do pré-contraente adquirente; mas o art. ~g, 2.~ parte, adotara a regra do art. 14, permitindo ao intérprete transformar a regra do art. 14 em regra referente assim à prestação do pré-contraente como à prestação dele como devedor mutuário, O Decreto n. 3.079 podia fazê-lo. A referência do seu art. 19, 2.8 parte, ao artigo 14 passou a ser citação de texto, remissão, em vez de regra envolvente, de que o art.

14 fosse conteúdo. É sempre tolerável que o poder regulamentar proceda a essas explicitações, desde que não faça mais do que faria bom intérprete da lei.

Em seguida, o art. 14 do Decreto n. 3.079 possui, a mais, toda uma proposição intercalada: .... .ou não cumprida obrigação cujo inadimplemento rescinda o contrato . No art. 19, o Decreto-lei falou de resolução em geral e adotou a regra do art. 14, que somente tratava, na lei, de resolução por falta de pagamento da prestação do pré-

contraente comprador.

O Poder Executivo fêz coextensivo ao conceito de resolução, no art. ~9, 2.~ parte, o conceito de *causas* do art. 14

do Decreto n. 3.079. Quanto ao contrato de financiamento, é evidente que poderia proceder com essa desenvoltura: quando alguma regra ampla faz conteúdo seu, coextensivo, outra regra menos larga, essa se estende até encher toda a regra envolvente.

Resta o caso do pré-contrato. O art. 14 somente se referia à falta de pagamento da prestação. Perguntar-se-á se êsse art. 14 tinha de ser interpretado como *incidente* e *aplicável* em qualquer caso de resolução. Primeiro, o texto mesmo teria de ser interpretado para se saber se a resolução era, em todas as espécies, de reger-se pelo art. 14 do Decreto-lei n. 58, e não pelo direito comum. A resposta tinha de ser afirmativa, O decreto interpretou bem; o que disse coincide com a lei, tal como deve ser entendida.

A proposição final, que se aditou, resolveu a questão: se, a respeito do

prazo de que trata o art. 14, cabe ou não a regra *Dies interpeitat pro homine.* A interpelação é que dá início ao prazo. Aqui, o Decreto n. 3.079 enunciou regra de direito especial; porém êsse proceder não destoa da lei. A lei mesma derrogara o direito comum a respeito do vencimento das dividas líquidas. No art. 14 do Decreto-lei n. 58 lê-se: —Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor‖. Não se disse que, vencida e não paga a prestação, se resolve trinta dias depois o contrato, e sim que, vencida e não paga a prestação, a resolução só se dá depois de constituído em mora o devedor, o que denºa perceber-se que não é a data do vencimento o *dia a qua* do prazo, e sim a data da interpelação.

§ 1.500. Empreitada do edifício urbano

1.MEMORIAL. Nas mesmas regras que trataram do empréstimo para a construção de casa no terreno urbano loteado, o Decreto-lei n. 58 e o Decreto n. 3.079 cogitaram da *empreitada.* Assim, há, também, no art. 18 do Decreto-lei nº. 58, a seguinte norma jurídica: —Os proprietários ou co-proprietários dos terrenos urbanos loteados a prestações, na forma desta lei, que se dispuserem a... tomar por empreitada (a construção de prédio, nos lotes comprometidos), por conta dos compromissários, depositarão no cartório do Registro Imobiliário um memorial indicando as condições gerais.., da empreitada e da amortização da dívida em prestações‖.

2.AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA. Os pressupostos para a averbação do contrato de empreitada são os mesmos que se exigem para a averbação do contrato de mútuo. A lei somente admite que se averbe a empreitada referente a construção em —terrenos urbanos loteados‖. Cumpre, ainda, notar que a empreitada em que o pagamento da obra é em *prestações adiantadas,* sem que o empreiteiro tenha de estipular amortização de dívida em prestações, nada tem com o pré-contrato ou contrato de aquisição do lote. Feito com o proprietário, ou com os proprietários do terreno, ou dos terrenos loteados, tal contrato de empreitada é como se tivesse sido feito com estranho.

Outrossim, é preciso que o contrato seja realmente de empreitada, e não locação de serviços técnicos, ou outro contrato.

§ 1.501. Solidariedade passiva —ex lege‖

1. O DECRETO-LEI N. 58, ART. 20. No Decreto-lei n. 58, o art. 20 estabelece: —O adquirente, por qualquer título, do lote, fica solidáriamente responsável, com o compromissário, pelas obrigações constantes e decorrentes do contrato de financiamento, se devidamente averbado‖. Já se havia enunciado, no art. 19, o *principio da interdependência dos dois contratos,* coisa diferente do *princípio da adjectidade do contrato de financiamento.*

Porém nº princípio teria apenas a consequência de estatuir a transferência, *ex lege,* da responsabilidade pelo contrato de financiamento ao pré-contraente adquirente que sucedeu a outro, pré-contraente, ou ao adquirente,que sucedeu a algum pré-contraente. O art. 20 vai mais longe.Uma vez que foi averbado o contrato de financiamento ou, acrescentamos, o de empreitada em que há amortização de dívida a prestações, que financiamento é o sucessor do pré--contraente comprador, ou do sucessor desse, é responsável pelas obrigações contratuais do empréstimo ou da empreitada.Sê-lo-ia ainda que o art. 20 não existisse, porque o pré-contrato não poderia ser transferido sem o contrato de financiamento,ou de empreitada, constante do registro. O *novum* do art. 20 está em que êle mantém a responsabilidade dos autores da sucessão.

2.TRANSFERÊNCIA E RESPONSABILIDADE. Assim continuam responsáveis: o que pré-contratou e transferiu o pré-contrato; o que lhe sucedeu; o que sucedeu a êsse terceiro, e assim por diante; o que adquiriu definitivamente o lote; os que desse a adquiriram. A concepção dessa responsabilidade solidária, que a lei adotou como solução técnica, tem a vantagem de dispensar qualquer interferência do mutuante, ou do empreiteiro, na série das transferências, ainda que *inter vivos.* Esse ponto é extremamente importante na interpretação da lei de loteamentos: a sucessão no contrato de empréstimo, ou de empreitada, averbado, opera-se, *ipso iure,* pela transferência do pré-contrato de aquisição do lote, ou pela aquisição definitiva por outrem. Tal o conteúdo dos arts. 19 e 20.

3.CONSTRUÇÃO JuRIDICA. A construção jurídica é a seguinte: o contrato de financiamento é entre o vendedor de lotes e o pré-contraente comprador; tal contrato, por serem interdependentes êle e o pré-contrato, é transferido com êsse, sem qualquer traço de *expromissio.* Os pré-contraentes anteriores estão passivamente vinculados, de modo que cada um dos posteriores se insere na relação da dívida, que se multiplica subjetivamente. Os arts. 19 e 20 não

permitem que se construa tal sucessão passiva como simples *promessa de liberar* ou *Erfiillungsiibernahme* do *§* 329 do Código Civil alemão. O art. 20 faz exsurgir categoria jurídica que merece toda a atenção.

Quanto aos direitos, pretensões e ações oriundos do contrato, dá-se a sucessão (art. 19). Quanto às obrigações

(art. 20), não: o pré-contraente anterior continua obrigado. Essa *Icumulative Sch.uldúbernahme,* em que a inserção na divida não expele o devedor anterior, tem a particularidade de provir do ato do transferente do contrato. Não há a *adesdo* à divida, e sim a *coeso.* Para que o transferente não fique ligado precisar-se-ia de declaração de vontade do credor financiante. A obrigação do que sucede no pré-contrato é independente das vicissitudes *ulteriores* da obrigação do transferente; mas a obrigação dele depende da validade da obrigação do transferente do pré-contrato.

Na *cessio legis,* não há qualquer manifestação de vontade do credor. A transferência tem as mesmas conseqüências que a que se opera pela manifestação de vontade, na cessão de crédito. Donde o nome, que alude ao resultado, em vez de aludir à causa: *cessio legis.* Em verdade, a transferência é em virtude de lei, porém não há quem ceda. A impropriedade do termo mais ressalta quando se empregam os termos —cedente‖, ou —cedente legal‖, e

—cessionário‖, ou —cessionário legal‖.

§ 1.502. Falência e morte, no período do pré-contrato

1.DE UM SÓ DOS CONTRAENTES OU DE AMBOS. Durante o pré-contrato, pode ocorrer falência do pré-

contraente vende, dor, ou do pré-contraente comprador, ou de ambos. O art. 21 do Decreto-lei n. 58, reproduzido no art. 21 do Decreto n. 3.079, estatuíu: —Em caso de falência, os contratos de compromisso de venda e de financiamento serão vendidos conjuntamente em hasta pública, anunciada dentro de quinze dias depois da primeira assembléia de credores, sob pena de destituição do liquidatário. Essa pena será aplicada pelo juiz a requerimento dos interessados, que poderão pedir designação de dia e hora para a hasta pública‖. Já o art. 12, *§* 29, alíneas 1.8 e 2.8, dissera:

—O falecimento dos contraentes não resolve o contrato, que se transmitirá aos herdeiros. Também não o resolve a sentença declaratória de falência. Na dos proprietários, dar-lhe-ão cumprimento o síndico e o liquidatário; na dos comprornissários, será êle arrecadado pelo síndico e vendido, em hasta pública, pelo liquidatário‖.

A obsolência da terminologia, a propósito de síndico e de liquidatário, ressalta: o legislador do Decreto-lei n. 58

tinha em mente o direito falencial anterior ao Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, e êsse decreto-lei contém o art. 59, que diz: —A administração do falido é exercida por um síndico, sob a imediata direção e superintendência do juiz‖, e o art. 61, que frisa a indelegabilidade das funções, explicitando estar ressalvada a procuração judicial por advogado. No Decreto-lei n. 7.661, o art. 44, VI, referiu-se às promessas de compra-e-

-venda de imóveis, em geral, dizendo incidir a legislação respectiva. Tal legislação é a que consta dos arts. 12, *§*

29, e 21 do Decreto-lei n. 58, reproduzidos pelo Decreto n. 3.079.

2. MORTE. A morte não extingue, portanto, o próprio contrato de empreitada com financiamento, que foi averbado, se a obra é daquelas em que se levam em conta qualidades do empreiteiro, ou se o contrato foi feito por afeição ao dono da obra. A lei postula a transmissibiildade inexcetuada dos pré-contratos de aquisição e dos contratos de financiamento. A aceitação do regime legal, com a averbação segundo o Decreto-lei n. 53, tem todas essas conseqüências de direito cogente, que precisam ser levadas em conta, ainda quando tenha havido referência explícita ao direito civil ou comercial. Em todo caso, a averbação *abusiva,* isto é, a averbação segundo o Decreto-lei n. 58, sem que o financiamento tivesse sido concebido como sujeito aos arts. 18-21, pode ser invalidada segundo os princípios que regem as pretensões e ações constitutivas negativas, ou mandamentais, concernentes ao registro. O contrato de financiamento que, por exemplo, tem as indicações do art. 18 (art. 11), entende-se concebido segundo o regime dos arts. 18-21; não assim nº em quê se não desceu a essas especificações‖, ou em que se excluiu a incidência do art. 19.

É, portanto, de toda a conveniência observar-se, rigorosamente o art. 18. Advirta-se, porém, em que o registro do contrato de financiamento produz a sua eficácia enquanto não se desconstitua segundo o direito

dos registros, quer quanto às nulidades, quer quanto ao cancelamento. O que foi exposto no Torno XI, sôbre registro, deve ser consultado a êsse respeito.

A morte, de que se fala no art. 12, *§* 2.0, alíneas 13 e 23, do Decreto ii 3.079, é a morte dos pré-contraentes, e não a do empreiteiro. Do lado do empreiteiro, a sorte do contrato de empreitada é a que resulta do direito comum, civil ou comercial. A *ler specialis* somente estatuíu quanto à morte dos pré-contraentes ou contraentes da compra-evenda ou outro negócio jurídico quanto aos lotes.

CAPÍTULO XII

AÇÕES E REMÉDIOS PROCESSUAIS

§ 1.503. Inscrição .e averbação

1.PROMESSAS DE COMPRA-E-VENDA DE LOTES. As questões que primeiro surgem quanto à promessa de compra-e--venda de bens imóveis loteados são por ocasião da inscrição do loteamento, isto é, do processo da sua j urídicização. O processo é de direito administrativo; porém em duas espécies aparecem a *ação de direito civil* (impugnação prévia pelo *unus ex publico)* e a *ação de direito administrativo,* processada civilmente, que é a da *dúvida* do oficial do registro. Em verdade, êsse oficial do registro não consulta: afirma, e faz prova; cumpre, depois, a decisão do juiz, que é sentença mandamental.

Por surgirem tais ações antes do registro, delas já cogitámos, por método.

2.AÇÕES ORIUNDAS DO PACTO. Depois, vêm as ações concernentes à averbação e ao cumprimento da obrigação de contratar, oriunda do *pactum de contra.hendo;* na espécie, *vactum de vendendo* e *pactum de emendo.*

§ 1.504. Ações e defesas fundadas. na lei especial 1.—LEX SPECIALIS‖. O Decreto-lei n. 58 não faz tábua rasa do direito comum: apenas o derroga no que exige aos pré--contratos para terem a *eficácia* que se lhes atribui nas regras da legislação especial. esse ponto é assaz relevante e tem sido descurado, senão postergado, pelos intérpretes da lei. ~Os pré-contratos que satisfaçam o direito civil, ou comercial,

ainda quando não satisfaçam o Decreto-lei n. 58, existem e valem e têm eficácia segundo o direito civil, ou comercial. As próprias infrações das regras sôbre forma contidas no Decreto-lei n. 58 somente fazem falhos os negócios jurídicos para a eficácia que lhes confere a legislação especial. Podem valer perante o direito civil, ou comercial, ou administrativo.

2.DECRETO-LEI N. 58, ART. 23. No art. 23, estabelece

o Decreto-lei n. 58: —Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei, sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituído‖. Esse enunciado podia estar no Decreto-lei n. 58 e no entanto a interpretação teria de chegar à formulação da mesma *regra* sobre *tutela juridica.* Lei especial que não revogou o Código Civil, somente regula a matéria a que se limitaram as suas regras. Ora, o Decreto-lei n. 58

submeteu a registro (inscrição) o loteamento para *oferta ao público* e *pagamento a prestações,* tendo em vista atribuir aos negócios jurídicos concernentes aos lotes e ao seu financiamento certa esfera de eficácia. Invocando-se em juízo, ativa ou passivamente, essa eficácia, por mínima que seja, tem de ser invocado o registro. Há quatro ônus: o de afirmar e o de provar o registro; o de afirmar e o de provar a *res un judicium deducta.*

(a)Se o interessado alega o seu pré-contrato de compra-e-venda de lote inscrito, tem de afirmar e provar o loteamento, a inscrição do loteamento, o seu pré-contrato e a averbação do pré-contrato.

(b)Se o interessado alega o seu contrato de financiamento (mútuo ou empreitada), tem de afirmar e provar o loteamento, a inscrição, o seu pré-contrato e a averbação desse pré-contrato, o contrato de financiamento e a sua averbação.

(c) Se o interessado tem pré-contrato de compra-e-venda de terreno não-loteado, a prazo, ou não, para que o juiz aplique o Decreto-lei n. 58, há de o interessado afirmar e provar que o pré-contrato observou, pelo menos, as formalidades do Código Civil, art. 135 e foi inscrito no Livro n. 4 (Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 263; Lei n. 649, de 11 de março de 1949 art. 1.0>.

(d) Se o interessado alega que tem promessa de compra-e-venda de terreno, edificado ou não, que escapa ao art. 22

e à categoria dos lotes, porém que foi inscrito, conforme o Decreto n. 5.318, tem de afirmar e provar que foram observadas, pelo menos, as formalidades do Código Civil, art. 135, e foi efetuada essa inscrição. Aliás, aqui a eficácia é a do direito comum. A averbação no Livro n. 3 é de direito comum.

3. REGISTRO E EFICACIA. Sempre que a eficácia do pré-contrato não é oriunda do Decreto-lei n. 58, o registro é dispensável, ou .a eficácia é de outro registro que aqueles de que trata o Decreto-lei n. 58.

4. EXISTÊNCIA E VALIDADE. Não só a eficácia apresenta problemas. Também os criam a *existencia* e a *validade* dos negocios jurídicos que foram registrados segundo o Decreto-lei n. 58, ou que poderiam ter sido registrados e não no foram.

(a> O negócio jurídico pode *existir* para o direito civil, comercial, ou administrativo, e *não existir* para os efeitos do Decreto-lei n. 58. Pode êle existir no direito civil, ou comercial, ou administrativo, e ser nulo segundo o Decreto-lei n. 58.

(b) O negócio jurídico pode *valer* para o direito civil, comercial, ou administrativo, e *não valer* para o direito especial do Decreto-lei n. 58. Porém, fora das regras de forma com que o Decreto-lei n. 58 derrogou o Código Civil, o negócio jurídico tem de valer segundo o direito geral, para que valha perante o Decreto-lei n. 58. Assim as declarações de vontade são atacáveis pelas ações constitutivas negativas de nulidade ou anulação, *segundo o Código Civil, as leis comerciais ou o direito administrativo.*

Os negócios jurídicos em que o absolutamente incapaz tomou parte, ou cujo objeto é ilícito ou impossível, são, por exemplo, *nulos* (Código Civil, art. 145, 1-11). Se o declarante é relativamente incapaz, ou houve Erro, dolo, coação, simulação, ou fraude, o negócio jurídico é *anulável* (art. 147). Ao que invoca esses textos legais para fundamentar a afirmação de nulidade ou da anulabilidade, não se pode arguir que não produziu a certidão do registro: o afirmante não funda a sua ou a sua defesa, em regra do Decreto-lei n. 58.

5.Juízo. Em qualquer remédio processual ou recurso, em qualquer instância, desde que o interessado, qualquer que seja a sua figura processual, *funda* a sua afirmação de direito em regra do Decreto-lei n. 58, tem de produzir a certidão do registro especial ou dos registros especiais que dêem a prova liminar de que se submeteu ao regime do Decreto-lei n. 58.

§ 1.505. Foro competente

1. —FORUM REI SITAE‖. No Decreto-lei n. 58, o art. 24 assentou o foro *rei sitae:* —Em todos os casos de procedimento judicial, o foro competente será o da situação do lote comprometido ou o a que se referir o contrato de financiamento, quando as partes não hajam contratado outro foro‖. O Código de Processo Civil derrogou êsse art. 24 na parte final (—quando as partes não hajam contratado outro foro‖). —Nas ações relativas a imóvel será competente o foro da sua situação, salvo o disposto no artigo anterior‖, diz o art. 136 do Código de Processo Civil.

O artigo anterior, a que se refere, é o em que se determina a competência quanto a inventário, partilha e demais ações relativas à herança. No art. 137 previu-se o caso do imóvel a cavalo sôbre as fronteiras internas: —Se o imóvel, sôbre que versar a lide, se achar situado em território de dois ou mais Estados ou comarcas, o foro se determinará pela prevenção, prerrogando-se a jurisdição do juiz sôbre tOda a extensão do imóvel‖.

2.CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 136, E DECRETO-LEI N. 58, ART. 24. A regra do art. 24

conseqüências se pode invocar quando a ação seja fundada em preceito do Decreto-lei n. 58, pela eficácia especial que o registro imobiliário atribui ao pré-contrato, ou ao contrato de financiamento. Antes do registro. é preciso que a ação satisfaça os pressupostos do art. 136 da Código de Processo Civil para que se considere —relativa a imóvel‖.

As promessas de compra-e-venda ou pré-contratos, concernentes a imóveis, que não procedam de *loteamento fundicizado,* nem caibam nos casos do art. 22 do Decreto-lei n. 58. porém que tenham sido inscritos no Livro n. 4 e averbados, conforme o art. 22, *in tine,* do Decreto n. 3.079, aumentado pelo Decreto n. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 1.0 (Dec. n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 253), são geradoras de ações relativas ao imóvel se o pedido é *de execução* (Código de Processo Civil, art. 1.006 e *§§* l.~ e 2.0). Na redação vigente, conforme a Lei n.

649, de 11 de março de 1949, diz o art. 22 do Decreto-lei n. 58: —Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra-e-venda de imóveis não -loteados, cujo preço tenha sido pago

no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil‖.

A *transcrição* do contrato de compra-e-venda põe ponto final no período de negociação dos lotes e retoma a *história do terreno* entre o momento em que foi loteado e o momento em que o lote passou a figurar, individualmente, no livro das transcrições, que é o livro da *história comum dos terrenos.* Juridicamente, nada ocorre de excepcional em figurar no livro a transcrição do título relativo ao terreno A‘ (fração de A). O inverso também não seria extraordinário: se os terrenos A, B e C me pertencem e são contíguos, posso vender o terreno ABC.

Mas o loteamento tem a sua história própria, o seu *livro especial,* em que se faz a inscrição e se lançam, depois, as averbações dos pré-contratos. História que se inicia com a inscrição e termina com o cancelamento dessa inscrição, ou pela transcrição, noutro livro, dos contratos de compra-e-venda, O livro especial é livro de interregno.

O Decreto-lei n. 58 diz no art. 8.0: —O registro instituido por esta lei, tanto por inscrição quanto por averbação, não dispensa nem substitui o dos atos constitutivos ou transíativos de direitos reais na forma e para os efeitos das leis e regulamentos dos registros públicos‖.

Se não se inscreveu o loteamento no Livro n. 8, as promessas de compra-e-venda têm de ser inscritas no Livro n. 4

(Decreto zi. 5.318, de 29 de dezembro de 1940, art. 1.0; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, *a),* XIV, 186 e 253). Essa inscrição obriga à *averbação* no Livro n. 3 (Decreto n. 4.857, art. 286

3. MEDIDAS CONSTUITIVAS. Lê-se no Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, art. 27: —As penhoras, arrestos e sequestros dos imóveis a que se referem êste decreto e o Decreto-lei n. 58, para os efeitos da apreciação da fraude de alienações posteriores, serão inscritos obrigatóriamente, dependendo da prova desse procedimento o curso da ação‖. Pene-bê-se a pouca cultura jurídica do regulamentador, essa meia-

-ciência com que se tomam conceitos parecidos pelos que caberiam na espécie. O art. 27 entendia dizer:

—Conseqüências pré-excluem, em geral, a eficácia das alienações posteriores dos imóveis a que se referem êste decreto e o Decreto-lei n. 58 as penhoras, arrestos e sequestros que tivessem sido inscritos‖. Tais alienações pelos oferentes ao público são eficazes, salvo se houve penhora, arresto ou seqUestro de que teve conhecimento, por intimação, o público, ou o adquirente, ou se foi inscrito. A inscrição confere a publicidade registária, de que se falou, mais de espaço, no Tomo XI. Trata-se de regra jurídica sôbre eficácia registária que estabelece ineficácia de negócios juridicos, inclusive acordos de transmissão. A fraude a que se refere o art 27 é a fraude à execução ou à segurança, espécies em que —fraude‖ é empregada no sentido etimológico, estrito, de infração.

Parte XI. Promessas de compra-e-venda de imóveis

CAPITULO 1

PROBLEMA DAS PROMESSAS DE COMPRA-E-VENDA

§ 1.506. Direito dos séculos XV a XX

1.LEI DE D. DINIS. As ORDENAÇOES APONSINAS E AS ORDENAÇOES FILIPINAS. Na Parte X, tivemos de tratar das promessas de compra-e-venda em geral, para aplicarmos os conceitos e os enunciados à promessa de compra-e-venda de lotes. Dissemos, então, que o legislador primeiro cogitara das promessas de compra-e-venda de terrenos *loteados* e depois se referira às promessas de compra-e-venda de terrenos não-loteados (Decreto-lei n. 58, art. 22, *verbis* —imóveis não-loteados‖), se a prazo. O Decreto n. 3.079 estendeu-o às promessas de comprae-venda de —imóveis em geral‖, o que fêz surgirem problemas relativos à promessa de compra-e-venda de terrenos c *onstruidos.* No fundo, abstraiu-se, aqui, do *loteamento juriditizado,* objeto da Parte X, o que a Lei n. 649, de 11

de março de 1949, dando nova redação ao art. 22 do Decreto-lei n. 58, tornou explícito em toda a extensão. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 19, pr., diziam: —Se algumas pessoas fizerem contrato de venda, ou d~ outra qualquer convença, e ficarem para fazer escritura desse contrato, antes que se a tal escritura faça, se pode arrepender e arredar da convenção o que havia de fazer a escritura. E

isto haverá lugar quando o contrato fOr tal, que segundo o Direito não possa valer sem escritura, e que a escritura seja da substância do contrato, assim como nos contratos que se devem fazer e insinuar, e em Contrato enfitêutico de coisa eclesiástica e em outros, que segundo o Direito são de semelhante qualidade e condição‖.

O verdadeiro pensamento dessa Ordenação está no texto primitivo do século XIV, que foi *o* de lei de D. Dm15, inserto nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 57, *§* 1: —Diz o Direito que se dous homees fazem algum contrauto d'aveença, ou de venda ficão pera fazer estromento de certidooé, aquelle, que ouver de fazer o estroniento, se possa quitar, se quiser, ante que o estroniento faça‖.

—Direito‖, isto é, o direito romano. Portanto, nascia, com o pré-contrato. o *direito â conclusão do contrato definitivo* Ou *principal,* podendo haver, em todo caso, arrependimento com perdas e danos (interesses).

2.OS JURISTAS DO VELHO DIREITO. Certos juristas que não procuram investigar, nem se dão à fadiga de manusear os velhos livros portuguêses (que lhes poderiam corrigir, pelo menos, a linguagem jurídica, a terminologia científica, tão exatos foram, por vêzes, os juristas portuguêses), afirmaram que o nosso direito não tinha o pré-contrato, porque havia o arrependimento, lamentável confusão entre *ser* e *valer,* de um lado, e, do outro, *ter eficácia.* Os nossos maiores sabiam que o *contratctu imperftus* vinculava; por isso mesmo, para se desfazer, tinha de sobrevir resolução (licet partibas poenitire et a couventione recedere).

O~ velhos juristas dos séculos XVI e XVII não se embaraçavam na distinção entre *tractatus, assertio,* e *poeta preparatoria,* ou entre *nada poda* e os *~pacta de contrahendo,* em que não há simples *assertio* mas *contractttts.* Por outro lado, eles conheciam a diferença entre produzir *compra-e-venda* a promessa e produzir *direito* ou *pretensão* à compra-e-venda.

3.ANTONIO GOMES, ALVARO VALASCO E MANUEL GONÇALVES DA SILVA. MIGUEL DE RmNOSO.

JURISTAS POSTERIORES.

O direito de resolver supõe que *haja* promessa e valha:.... et ideo potest contrahens poenitire, et a tali contractu, *si velit.* resilire‖,

diziam os nossos maiores. Outros insistiam:—Poenitire et recedere licet a contracta, iii quo seriptura est de substantia ante confectionem ilIlus‖. Assim ANTONK COMES, à L. 41, n. 20, taurina, ALVARO

VALASGO (*Dectswnuflt ao Consultationum,* II, 366) e MANtEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentario,* IV, 896).

§ 1.506. DIREITO DOS SECULOS XV A XX‘

Em todo caso, havendo *confissão,* que tinha têrça de escritura pública (MIGUEL REINOSO, *5 PraetiotLe,* 307:

—□..tantufl operatur partis confessio guantufll publiema instriliflentum, et nulia nielior probatio quam propriis oris confessio‖), o coutritto tinha toda eficácia.

Ainda que a pessoa pudesse arrepende-se, melhor *resolver* a promessa de. compra~e-Venda se não usava de tal direito de resolução, e confessava, podia fazer escritura‖. Porque havia promessa, e *valia,* e *era eficaz.*

A execução era *real,* e caiu em desuso. Em vez dela, ficou a solução de ter a eficácia executiva a sentença sôbre a 0brigação de declarar a vontade.

bIELa FREntE *(Institutiones* IV, 1‘?) frisava a diferença entre alguns *tratos de contratar,* que eram pacto nu, e outros *tratos de contratar,* que eram, por si sós, contratos.

MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commenta~* IV, 89~) escreveu: —Compellitur auteifl contrabefla scripturalfl conficere, praccedente judicis , et comiflinatiúfle etiam par capturam, et adhuc co reluctaTite, seriptuta pro confecta cum clausulis consuetis habeti potest‖.

CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 299) seguiu-lhe as pêgadas: —Se o promitente porém se obrigar logo, no caso de contravir, pode pedir~5e-lhe o cumprimento da promessa ou interêsse. Se se obrigou a fazer escritura de venda, e refusa, a sentença, que o condena a fazê-la, fica servindo de titulo‖.

(j E pensar-Se que a superficilidade de alguns juristas fêz repelir-se a doutrina verdadeira, à qual se teve de voltar, em 1923, em 1939 e em 1949, em textos novos 1)

TENºEIRA DE FREITAS *(Consolidação da Leis Civis,* 3.~ cd., nota 10 ao art. 517. *§* 2$) falou de não haver, se a escritura era da substância do contrato, —contrato consumado‖, e concluiu ser —abusiva a praxe, como tenho visto‖

(confessava êle) —de demandar-se ao penitente para fazer escritura com a comínação de valer por escritura ~

sentença que se proferir‖. Não distinguiu a promessa *de contratar* e o *contrato.* Todavia, lá estava a confirmação de ser diferente a praxe.

§ 1.506. POSIÇÃO DO PROBLEMA

Nos juristas que vieram depois a confusão foi ainda maior. Um deles chegou a dizer que se não havia de levar em conta a desusada Ordenação do Livro IV, Título 19, pr., pois —o juiz não disporia de meios práticos (_?) para obrigar a parte a cumprir a ordem que proferisse‖. Como se o *velho* direito português e os sistemas jurídicos *mais modernos* não tivessem a execução das obrigações de prestar declaração de vontade. O mesmo jurista ainda falava de ser a ação (a que se referia CORREIA TELES e está hoje no art. 1.006 do Código de Processo Civil) ofensiva à natureza das sentenças, que são —meramente (!) declaratórias de direito‖. Outros iam ao direito francês, sem compreenderem bem o alcance do art. 1.589 do Código Civil francês e trazendo para cá a luta doutrinária em tôrno daquela regra jurídica, ou do texto italiano. A chicana dos loteadores desonestos aproveitava toda essa mistura de sistemas jurídicos, em que muito se via o direito francês e pouco se observava a linha histórica do direito luso-brasileiro.

§ 1.507. Posição do problema das promessas de contratar

1.A QUESTÃO CENTRAL DO PRÉ-CONTRATO. A questão central do pré-contrato é (a) se, no direito de hoje, pode ser objeto de contrato a prestação de *re contrabere,* quando seja exigida para o contrato real a escritura pública, ou *(b)* a prestação de *contrahere,* se o contrato consensual tem de obedecer a essa exigência formal. Logo se percebe, pondo-se nesses termos a questão, que a solução *poderia* não ser, *de iure condevido,* a mesma, porque ao contrato consensual, que exige a escritura pública, não se emprestam os fundamentos que levam os legisladores a tornar formal o contrato real. Porém os dados para a solução têm muito de comum e aqui o que nos importa é a questão (b), pois o direito brasileiro faz consensual o contrato de compra-e-venda.

2.PRESSUPOSTO DE FORMA PARA A EXISTÊNCIA, A vALIDADE E A EFICACIA . A exigência de forma pode ser referente à *existência, à nulidade* ou à *qualidade* (cambial). Ora, o contrato de compra-e-venda que não obedeceu à forma de escritura pública *existe,* apenas *não vale.*“ A Lei de D. Dinis, que se inseriu no Livro IV, Título 57, *§* 1, das Ordenações Afonsinas, interpretou o direito romano como se a forma fosse relativa à *validade,* e não à *existência.* No texto manuelino (Livro IV, Título 36, pr.), já se haviam superposto os dois casos: o de *validade* e o de substância: —E esto auerá luguar, quando o contracto for tal

que segundo Dereito nom possa valer sem escriptura, e que a escriptura sea de substancia do contracto... ‖

O art. 134, II, do Código Civil, interpretado à luz da história do nosso direito, refere-se à *validade,* e não à *existência.*

3.TRANSMISSÂO DA PROPRIEDADE E FORMA. O direito romano antigo possuía formas verdadeiramente teatrais para a transmissão da propriedade, tal como acontecia à *mancipatio* e à *in iure cessio.* Posteriormente, porém, a vida foi roendo aquêle simbolismo obsoleto, sem que se soltasse a técnica, eminentemente útil, da formalidade (escrita, escrita —pública‖) de alguns negócios. A publicidade, que estivera à base dos negócios formais, tomou feições novas.

A falta de forma não seria, no passado, para os Romanos, causa de *nulidade,* e sim de *inexistência.* Mas não foi a teoria dos atos inexistentes criação romana, nem eles herdaram ao direito comum a classificação tripartida (negócios existentes, nulos e anuláveis). O que veio após eles foi a distinção entre negócios jurídicos nulos e negócios jurídicos anuláveis, pôsto que de ordem *histórica* (abuláveis disseram-se os que o Pretor mesmo *desconstituio.*

4.O DIREITO PORTUGUÊS E A ESCRITURA PÚBLICA. Seja tomo fôr, o direito português recebera a exigência da escritura pública como exigência para a *validade:* —fôr tal, que segundo o Direito não possa *valer* sem escritura‖ e —que a escritura seja da substância do contrato‖. O que perturbou os intérpretes foi essa palavra —substância‖, que lembra *ser* e *não-ser.* Mas, já antes, se confirmara tratar-se de nulidade, e não de inexistência: —...se possa arrepender e *arredar* da convenção o que havia de fazer a escritura‖, o que o legislador pôs, como o legislador manuelino (—pode arrepender nº que a escritura havia de fazer, e *arredar* da dita convença‖), no lugar do texto dinisiano-afonsino.

5.A INTERPOLAÇÃO MANUELINA. O aumento manueUno, obra de algum juiz, provàvelmente de JoÃo COTRIM, e não de jurista teórico, foi assaz comedido e merece toda a atenção. Quando nêle se fala de escritura que seja da substância do contrato, logo se acrescenta o caso do contrato de doação, que exigia insinuação, porque, aí, sendo a insinuação formalidade exigida, o pré-contrato teria de tê-la, porque êle, por si só, já seria, *exigindo-se,* doação. À mesma conclusão chegaram, tantos séculos depois, O. FRANKL *(fie Formerfordernisse der Schenkung,* 52 s.) e, melhor, KARL ADLER (Realcontract und

Vorvertrag, *Jherings Jahrbicher,* 31, 225). O pré--contrato de dar seria expressão a técnica. Onde o pré-contrato não exaure a prestação do contrato posterior, a situação seria diferente.

(Êsse ponto é de toda a relevância: casos há em que o pré-contrato exauriria toda a prestação que o contrato poderia prometer, e então é inútil. Não se diga, porém, que é *de todo* inútil, porque às vêzes razões de ordem econômica e fiscal podem militar para fazer útil a cisão da avença em pré-contrato. Se abstraímos dessa emergência, o pré--contrato que contém *todos* os elementos do contrato é pré-contrato em que, podendo-se contratar desde logo, só se promete contratar. Dá-se meia passo quando se poderia dar o passo inteiro. Nas oportunidades, em que isso acontece, o intérprete tem de ver nessa chamada —promessa de compra-e-venda‖ já compra-e-venda, salvo regime especial, como o do Decreto-lei n. 58. Foi isso o que, em 1903, EDMUNDo LíNs, *R. F.,* 1, 41, frisou; e nem sempre, nesse ponto, o entenderam. Cp. Código de Processo Civil, art. 1.006, *§* 2.0.

(Depois do Código Civil, a sua opinião sôbre não-validade foi insustentável, *Estudos juridicos,* 303 s., porque extralegal.)

O problema da validade dos pré-contratos nada tem com o problema da identificação do pré-contrato com o contrato. Nº é que envolve o problema da independência ou interdependência dos pressupostos.

5 1.508. Princípio da independência dos pressupostos 1.E. DEGENEELE. *O principio da independência dos pressupostos* (ainda formais) *do pré-contrato* foi bem pOsto por II. DEGENRELE, cuja crítica a E.

WINDSCHEID foi decisiva, a ponto de mudar êsse de opinião nas edições posteriores.

O *punctum doliens* está nos contratos que exigem forma judicial (integrativa ou total), porém, ainda aí, R. VON

JHERINC *(Jherings0 Jahrbúcher,* 1, 299-300) distinguiu os contratos em que a forma judicial é envoltório da vontade *estatal,* sendo outro elemento a vontade de um ou de ambos os contraentes, e aqueles em que não há êsse elemento *volitivo* do juiz.

2. IDENTIFICAÇÃO DA EFICÁCIA. (a) O problema da equivalência entre a promessa de compra-e-venda e a compra-e-venda somente

interessa à *identificação* da eficácia; e não é de exigir-se que na promessa de compra-evenda já se achem satisfeitos todos os pressupostos da compra-e-venda. Ora, ai não há pré-contrato, porque há promessa de contratar compra-e-venda já realizada essa em toda a sua expressão. A proposição francesa —La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y *a* consentiment réciproque dos deux parties sur la chose et le prnº‖

concorreu para obscurecimento da questão, por ser equívoco êsse —vaut‖.

(b) Do pré-contrato nascem obrigações de contratar e pretensão a contratar. Obrigação de contratar e pretensão a contratar também podem náscer de declarações unilaterais de vontade, de modo que as duas espécies cabem na classe dos pré-negócios jurídicos. Já BALDO DE UBALDIS frisava a distinção entre o *pactum de vendendo* e a *venditio.*

(c) A qualificação que, para o apontar, se dá ao contrato *posterior* concorreu para certas obscuridades: chamar-se-lhe —contrato definitivo‖ é forte, porque o outro também o é; outrossim, —contrato perfeito‖ (ORa. FR. voN

GLÚCK, *Pa.ndelcten,* IV, 106), porque o pré-contrato não é imperfeito. —Todo contrato‖, disse, muito bem, H.

DEGENKOtB (Zur Lehre vom Vorvertrag, *Archiv /iir die civilistische Praxis,* 71, 29), —é, como Convença juridicamente vinculativa, definitivo, quando se conclui‖. Ele é *pactum praeparatorium,* porque vem antes e alude ao que virá depois, porém de modo nenhum *depende,* como aconteceria a alguma medida preparatória. Tal noção inexata muito concorreu para que tentassem exigir aos pré-contratos as formas do contrato posterior, se bem que se aludisse à falta possível de~ algum elemento (coisa, preço).

Sempre que se introduz a noção de *dependência,* para o que concorre a alusão a contrato *principal,* deforma-se o conceito de pré-contrato; por vir antes, *pré-,* o pré-contrato não denºa de ser contrato por si-mesmo, apenas o objeto dele é a prestação de concluir outro contrato, que, sem propriedade, se adjetiva como *principal.* Poder-se-ia usar outro termo, e a legislação brasileira preferiu —definitivo‖. Melhor, porém não excelente; porque definitivo também é o pré-contrato. Contrato *posterior.*

(d> Á eficácia do pré-contrato consiste, precipuamente, na pretensão

contratual a *contrahere* e na obrigação a *ccntrakere.* Veja Tomos IV *§* 424, 5, V, *§* 569, 2, VI, 629, X, 1.118, 4, e XII, *§§* 1.380, 8, 1.835, 2.

§ 1.509. Direito do Código Civil até o art. 22 do Decreto n. 8.079

1. ANTES DE 1987. As promessas de compra-e-venda de terrenos, loteados ou não, antes do Decreto-lei n. 58, regiam-se pelo Código Civil, principalmente pelo art. 1.088. Essa regra adotava para os arrependimentos e afastamentos (arrendamentos) das convenças dependentes de escritura pública a *consequencia* das perdas e danos, ao invés da execução *real.* Sem que isso tivesse de ser interpretado como vedação *a priori* de convenção de valer a sentença coma declaração de vontade, nem, tão-pouco, como exclusão do pré-contrato. *O pré-contrato que fosse por escritura pública estava fora, totalmente foro,, do alcance do art. 1.088.*

O art. 1.088 referia-se a caso especial.

2. O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.088. Ademais, o Código Civil, art. 1.088, *excluiu,* só por si, a *doutrina da inexistência.* Mais ainda: considerou pré-contrato o contrato com infração de forma pública, se alude a obrigação de fazer escritura, e estatuíu que se entendesse ser pré-contrato o contrato em que a forma fosse violada.

Perante a ciência, ~que se passou com isso? A infração de forma pode ser tida, *de lege ferenda,* como *pressuposto de existência, de validade* (nulidade ou anulabilidade) ou *de qualidade* (sôbre isso, largamente, KAIU. ADLER, Realvertrag und Vorvertrag, *Jherings Jahrbilcher,* 31, 192 s.). Ninguém pode dizer que o art. 1.088 haja estatuído ser inexistente o contrato de compra-e-venda de bens de valor de mais de dez mil cruzeiros se feito por escritura particular. *Não vale,* é claro, como contrato de compra-e-venda; porém *vale* e obriga a assinar contrato de comprae-venda. Tanto vale, tanto vincula, tanto obriga, que pode arrepender-se, *mas* há de ressarcir perdas e danos resultantes do arrependimento. Portanto, tal como no século XIV, sob D. Dinis, arrepende-se e arreda-se da convença. *Arredar-se* é desvencilhar-se, livrar-se do vinculo. Em documento daquele tempo, que estava no tombo antigo da Sé de Vizeu, com a data de 1302, falava-se de —arredar um seu criado‖, quer dizer distratar, ou resolver, ou, em geral, *extinguir* a relação jurídica entre o vendedor da fazenda e o criado que nela trabalhava, com a cláusula de indenizar se o não conseguisse (—e se o arredar no poder, obriga-se a pagar porem XX maravedis‖).

Arredar é *a-retro-ar,* desdar o nó da convença. (Não se confunda com arredar, arredrar, redrar, radar, vidrar.) O

arredamerito das Ordenações era resolução, por declaração unilateral de vontade, como continuou de ser no Código Civil, art. 1.088.

A jurisprudência, alguns anos após o Código Civil, enveredara pela indefensável adoção do *principio da equivalência dos pressupostos do contrato e do pré-contrato,* que de modo nenhum estava na lei, ou nas leis anteriores. Havia mais julgados a favor do falso princípio do que do verdadeiro *(principio da independência dos pressupostos).* Esse era sustentado, implIcitamente, pelo Tribunal da Relação de Minas Gerais (31 de janeiro de 1908, 17 de março de 1908; 27 de outubro de 1934, 23 de fevereiro de 1935), pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, (14 de abril de 1893, *O D.,* 63, 522; 10 de. outubro de 1894 G. *J.,* 6, 44; 1.0 de outubro de 1915; 1.0 de fevereiro de 1918; 16 de novembro de 1920; 15 de março de 1921; 3 de fevereiro de 1928; 27 de março de 1928) e pela Côrte de Apelação do Distrito Federal (1.0 de dezembro de 1910; 13 de julho de 1911 e 17 de outubro de 1912; 9 de outubro de 1924). Também pelo Supremo Tribunal Federal, a 19 de maio de 1931 *(1?. doS. T. F., 74,* 311).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de outubro de 1893 (G. 3., 4, 232), permitiu, em quaisquer casos, o arrependimento, (regra dispositiva), sem perdas e danos (!). A Côrte de Apelação do Distrito Federal (1.~ de maio de 1901, *O D.,* 86, 264) permitia arras à promessa e reconhecia a obrigação do promitente-vendedor a assinar o contrato ou ressarcir perdas e danos (l.~ de dezembro de 1910; *R. de D.,* 18, 514).

§ 1.510. Promessas de compra-e-venda depois de 1987

1.O VALOR ACIMA DE DEZ MIL CRUZEIROS. Já vimos que as promessas de compra-e-venda de imóveis de valor acima de mil cruzeiros, feitas por escrito particular, com as formalidades do art. 185 do Código Civil, *existiam* e *valiam.* Os contratos de compra-e-venda que tivessem por objeto imóvel de valor superior a mil cruzeiros, quando feitos por escrito particular (Código Civil, art. 135), haviam-se de ter como promessas de compra-e-venda□, *existiam* e *valiam,* tendo o legislador reduzido a pressuposto de categoria jurídica (qualidade) a exigência formal. Apenas, em tal caso não nos de promessas de compra-e-venda por escritura pública o arrependido teria de pagar perdas e danos e o outro pré-contraente não poderia

exigir a assinatura da escritura definitiva. Estava, com o —arrependimento‖, resolvido o pré-contrato. Tudo isso se ajustava à linha histórica.

Mas, feito o pré-contrato por escritura pública, existia, valia, não cabendo qualquer arrependimento do art. 1.088, que só se referia àquelas promessas em que tivesse havido infração de forma pública.

Durante a discussão na Câmara dos Deputados, ANPEADE FIGUEIRA, após sucessivas confusões, devido a não distinguir existência, validade e eficácia, insurgiu-se contra a alusão à—substância‖, em vez de —prova‖, que havia no atual art. 1.088 (Projeto, art. 1.288), e foi - aprovada a sua emenda. Mas, além de se não dever dar grande valor a trabalhos parlamentares como elemento de interpretação, êle-mesmo não poderia apontar a diferença que dai resultaria, *no sistema do Código Civil.*

Ainda depois do Código Civil, alguns tribunais *(e. g.,* Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro e 26 de setembro de 1984, *R. dos 2*"., 98, 888; 94, 560) tacteavam e incorriam em erros graves de conceituação, como o deve se ver no contrato prometido confirmação e afirmar-se que a promessa de compra-e-venda não poderia ser

—equiparada a contrato perfeito e acabado‖, ou o de não obrigar a assinatura da escritura por ser pacto; e outros semelhantes.

2.DECRETO-LEI N. 58, ART. 22. Com o Decreto-lei n. 58, art. 22 (interpretado pelo Decreto n. 8.079, art. 22>, dispensou-se a *formalidade* do pré-contrato como requisito para a exigência executiva do *contrahere,* não para o eventual ressarcimento de perdas e danos, porque êsse já resultava de qualquer pré-contrato com as formalidades do art. 135 do Código Civil. Os pré-contratos sem serem por escritura pública *existiam* e *valiam;* apenas a inexecução deles tinha como conseqüência *só* o ressarcimento. O Decreto-lei n. 58, art. 22 (interpretado pelo Decreto n. 3.079, art. 22), veio apagar essa distinção de tantas conseqüências, mas apenas quanto à compra-evenda de imóveis(Cf. Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 2.0). Temos, pois: a)Se falta algum dos pressupostos da compra-e-venda,porém estão satisfeitos todos os pressupostos do pré-contrato, *existe* e *vale* o pré-

contrato; sendo a sua eficácia excepcionalmente *menor* do que teria de ser, se é o caso do art. 1.088 do Código Civil, não se regendo, portanto, por *lex special* . O art. 1.088 é exceção à regra geral que

resultaria e resulta do *principio* de H. DEGENKOLB. b > Se o pré-contrato satisfaz todos os requisitos < pres-supostos) do contrato que êle promete pode ter a execução por salto, isto é, desde logo exigir-se a prestação do contrato, e não a de *contrahere.* Mas, respeito a imóveis, o direito brasileiro admitiu, *a priori,* que haja interêsse em se pré-contratar quando *já se satisfizeram* ou *já se estão a satisfazer* todos os pressupostos do contrato prometido. Foi essa, em verdade, a função de técnica legislativa, de que se incumbiu o Decreto-lei n. 58, estendido pelo Decreto n. 3.079.

3.UNIÃO ESTADOS-MEMBROS E MUNICÍPIOS. O art. 30 do Decreto n. 3.079 estabeleceu: —O disposto neste decreto e no Decreto-lei n. 58 não se aplica à União, aos Estados-membros e aos Municípios. Éstes, porém, não poderão vender terras pela forma referida sem autorização prévia do Govêrno do Estado por lei especial‖. O art.

30 não tem correspondente no Decreto-lei n. 58; e oferece dois problemas, um relativo ao seu alcance (problema de interpretação), e outro, a sua validade apos a Constituíção de 1946, ou a sua revogação por essa. Tem-se de ler o art. 30 como se houvesse dito: *(a)* A União, os Estados-membros e os Municipios podem, se lei federal, estadual ou municipal o permite, lotear e vender, por oferta pública, lotes de terrenos, sem que se lhes imponha a disciplina do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987; mas *(b)* há de preceder, para os Estados membros e os Municípios, autorização do Govêrno estadual, por lei especial. A regra jurídica *(a) é,* quanto à União, tautológica, porque ou a União se submete, como todas as pessoas, físicas ou jurídicas, à legislação comum, que é o Código Civil, ou ao Decreto-lei n. 58, ou faz lei especial sôbre as vendas de terras que loteie, ou sôbre determinado trato de terra. Quanto aos Estados-membros, ou eles se submetem *à* lei comum, ou *à* disciplina do Decreto-lei n. 58.

Não pode O Estado-membro, ou o Distrito Federal, legislar sôbre loteamento e vendas de lotes, salvo onde a legislação federal denºou campo à autonomia da vontade (auto-regra.. mento), isto é, onde a regra jurídica federal é dispositiva ou interpretativa Quanto aos Municípios, ou eles se submetem à lei comum, como todas as pessoas físicas e jurídicas, ou a ela e a alguma regra jurídica da Constituição estadual, ou da lei orgânica dos Municípios, ou ao Decreto-lei n. 58, ou a êle e a alguma regra jurídica da Constituição estadual, ou da lei orgânica dos Municípios. Claro que os próprios Estados~membros têm de obedecer, a respeito, a regras jurídicas da Constituição estadual, que se não choquem com a Constituição de 1946.

Quanto ao outro problema, que é o da exigência da lei especial estadual, para que o Estado-membro ou o Município loteie e venda, por oferta pública, lotes, a Constituição de 1946 não lhes impôs tal limitação de competência legislativa, nem, em lei federal *(a fortiori,* em regulamento>, se pode impor aos Estados membros e aos Municípios tal limitação. A lei há de ser especial se, conforme a Constituição estadual, o tem de ser (cf.

Constituição de 1946, art. 28, II).

Quanto às entidades paraestataís, têm~elas de se submeter à legislação comum ou à lei especial (Decreto.lei n. 58), como qualquer pessoa física ou jurídica. Daí não se tire que a venda por oferta pública aos associados ou incorporados não se possa ou não se deva reger pelo Decreto-lei n. 58. Se não se regeu por êle não se pode pretender que os negócios jurídicos tenham a eficácia que a observância das regras jurídicas do Decreto

-lei n. 58 lhes conferiria. Alguns juristas colocaram mal a questão; *e. g.,* se estão as entidades paraestatais incólumes à observância do Decreto-lei n. 58: ninguém é incólume a leis; se se quer que haja incidência de determinada lei, o caminho, que se tem, é o de se comporem os suportes fácticos previstos pelas regras jurídicas da lei, a fim de que as regras jurídicas incidam. Tão-pouco é de se admitir a proposição —oferta a grupo de pessoas determinadas não é oferta ao público‖ (W. M. DE SERPA LOPES, *Tratado de Registros Públicos,* III, 46; WILSON DE SOUSA CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condomínios,* 1, 272s.). Sôbre isso, *§* 1.458, 4.

4.ALTERAÇÕES NO REGISTRO. Diz o art. 28 do Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, regulamentando o art. 3□O do Decreto-lei n. 58: —A mudança de numeração, a construção, a reconstrução, a demolição, a edificação e o desmembramento dos imóveis referidos no artigo anterior, bem como a alteração do nome do seu proprietário, por casamento ou desquite, serão obrigatoriamente averbados nas transcrições dos imóveis a que disserem respeito‖. No art. 28, parágrafo único, acrescentou-se:

—A prova da mudança de numeração, da construção, da reconstrução, da demolição, da edificação e do desmembramento, será feita mediante certidão da Prefeitura Municipal. Tratando-se da alteração do nome por casamento ou desquite, a prova consistirá, exclusivamente, em certidão do registro civil‖. A regra jurídica, regulamentar, do Decreto n. 3.079, tem de ser entendida em termos. O regulamento estêve fora dos limites de sua função de regulamentar.

Na legislação sôbre registro de imóveis, havia o art. 270, parágrafo único, do Decreto n.

18.542, de 24 de dezembro de 1928: —Poderão ser facultativamente averbadas ainda quaisquer outras circunstâncias, como a mudança de numeração, a edificação, o desmembramento, a demolição, a alteração de nome por casamento ou divórcio, a requerimento dos interessados mediante prova plena, a critério do oficial do registro, que, se tiver dúvida, procederá na forma dos arts. 207 e seguintes; da omissão dessas cautelas não poderá, porém, advir prejuízo aos titulares de direitos, regularmente adquiridos pelo registro anterior‖. A 1ª parte do art.

270, parágrafo único, do Decreto n. 18.542 revelou, com certa lisura técnica, a regra jurídica, que, ainda não escrita, estaria no sistema jurídico brasileiro, porque as matérias tratadas caberiam na expressão ocorrências‖ do art. 75 do Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, que é lei e lei vigente, até hoje, em muitas das suas regras jurídicas: —As averbações de que fala êste capítulo compreendem as cessões, sub-rogações, a extinção total, ou parcial, e geralmente todas as ocorrências, que por qualquer modo alterem a inscrição, ou transcrição, quer em relação às pessoas, quer em relação aos imóveis que nesses atos figuram‖. O parágrafo único do art. 270 do Decreto n. 18.542 foi, em verdade, simples explicitação. O art. 28 do Decreto n. 3.079, que sobrevejo, não correspondeu ao que era o sistema jurídico, nem no que concernia ao registro, nem no que era princípio geral sôbre eficácia da publicidade. A expressão —obrigatóriamente‖, que se juntou a —averbados‖, transplantaria para o plano da existência o que só se refere e só pertence ao plano da eficácia. A errônia mais se acentua quando, no parágrafo único do art. 28, o Decreto n. 8.079 alude a prova e menciona a certidão da Prefeitura Municipal, que, embora seja prova mencionável, não pode ser a única. Nem a exigência da certidão do registro civil, tratando-se de casamento, desquite ou divórcio, pode ser absoluta: a prova do casamento, a do desquite ou do divórcio pode ser regida por outro sistema jurídico, por se terem casado, desquitado ou divorciado no estrangeiro os interessados; a própria falta de prova pela certidão do registro não é insuprível (Tomo VII, *§§* 796-799). Posteriormente ao Decreto n. 8.079, o Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 285, parágrafo único, restabeleceu melhor redação da regra jurídica: —A averbação da mudança de numeração, da edificação, da reconstrução, do desmembramento e da demolição será feita a requerimento do interessado, com a firma devidamente reconhecida, instruído com certidão da Prefeitura Municipal, que comprove a ocorrência. A alteração do nome por casamento ou desquite só poderá ser averbada

quando devidamente comprovada por certidão do registro civil‖.

219

Sôbre a 23 parte, é de reproduzir-se o que se disse sôbre o art. 28 do Decreto n. 3.079. O art. 32 das Disposições Transitórias do Decreto-lei n. 58 dissera: —A mudança de numeração, a construção, a reconstrução, a demolição, a adjudicação, o desmembramento, a alteração do nome por casamento ou desquite serão obrigatóriamente averbados nas transcrições dos imóveis a que se referirem, mediante prova, a critério do oficial do registro de imóveis‖. Tal regra jurídica era e é, no Decreto-lei n. 58, regra de direito intertemporal, porque tais casos poderiam ocorrer antes da observância das regras jurídicas do Decreto-lei n. 58 pelos proprietários de imóveis que tinham terrenos loteados em curso de venda, para os efeitos do Decreto-lei n. 58, dos quais o principal era a dispensa da escritura pública após o valor de mil cruzeiros, limite então foram por lei e só mais tarde elevado ao de dez mil cruzeiros. No que não era assunto de direito intertemporal regia e rege o direito registário. O Decreto n. 3.079

passou o art. 3□O das Disposições Transitórias do Decreto-lei n. 58, descerimoniosamente, para as Disposições gerais. Na regra de direito intertemporal compreendia-se a expressão —obrigatóriamente‖; na de direito substancial, não.

5.MULTAS. Diz o art. 29 do Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938: —As multas decorrentes da aplicação dêste decreto e do Decreto-lei n. 58 serão impostas pelo juiz a que estiver submetido o registro imobiliário, mediante comunicação documentada do oficial, e inscritas e cobradas pela União, de acordo com a legislação em vigor‖. Tais multas são as das Disposições transitórias, art. 1.0, do Decreto-lei n. 58 ou art. 19 das Disposições transitórias do próprio Decreto n. 3.079. Disse o art. 1.0 das Disposições transitórias do Decreto-lei n. 58: —Os proprietários de terras e terrenos loteados, em curso de venda, deverão, dentro de três meses, proceder ao depósito e registro nos termos desta lei, indicando no memorial os lotes já comprometidos cujas prestações estejam em dia.

Se até 30 dias depois de esgotado êsse prazo não houverem cumprido o disposto na lei, incorrerão os vendedores em multas de 10 a 20 contos de réis, aplicadas no dôbro, quando decorridos mais três meses‖. O prazo legal foi prerrogado por sessenta dias pelo Decreto-lei n. 371, de 18 de abril de 1938, até 80 de setembro de 1938, pelo Decreto-lei n. 508, de 21 de junho de 1988,e até 31 de dezembro de

1988, pelo Decreto n. 8.828, de 25 de novembro de 1988.

6. MEDIDAS CONSTRITIVAS. O art. 2.~ das Disposições transitórias do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, relativo a penhoras, arrestos e sequestros conseqüências se referia ao que houvesse ocorrido antes do Decreto-lei n. 58, pois estava incluído, é claro, nas Disposições transitórias: —As penhoras, arrestos e sequestros de imóveis, para o efeito da apreciação da fraude de alienações posteriores, serão inscritos obrigatóriamente, dependendo da prova desse procedimento o curso da ação‖. O Decreto n. 3.079, art. 27, pretendeu tornar regra de direito substancial o que era regra de direito inter-temporal, o que já exprobrámos.

CAPÍTULO II

DIFERENCIAIS E CLASSIFICAÇÃO DOS PRÉ-CONTRATOS TRAÇOS

§ 1.511. Oferta de contrato e promessa de contratar

1.OFERTA DE CONTRATO E Art. 1.006 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Os pré-contratos distinguem-se das ofertas de contrato, quer por parte do outorgante quer por parte do outorgado, e do contrato de opção. As investigações chegaram a conclusões precisas, de que descuram quase sempre os juristas. A oferta de contrato de maneira nenhuma pode ser base de ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. Punha isso bem claro, já em 1884, a propósito da Ordenação processual alemã, A.BECHMANN *(Der Kauf,* II, 280). Aliás, a *vineularidade* e a *obrigação de prestar* são dois conceitos distintos, o segundo deles *posterius,* eventual, lógico, do primeiro. O

oferente não é obrigado a contratar; ofereceu contrato, iniciou-o, deu o primeiro passo para a conclusão dele, com a sua declaração de vontade.

A outra declaração de vontade, concordante, faria o *contrato.* Tal contrato, em relação a outro, que prometa, se diz pré-contrato.

2.PROMESSAS UNILÁTERAIS DE CONTRATAR E OFERTA. Há promessas unilaterais de contratar e até promessas unilaterais de compra-e-venda, porém a oferta de contrato não entra nessas classes.

Nem é promessa unilateral de contratar; nem a promessa unilateral de contratar se pode *reduzir* a oferta.

3.OFERTA E —SI-VELET‖-CONTRATO. É impossível construir-se a oferta de contrato como um sivelet pré-contrato; por isso mesmo, é difícil compreender-se que KutL ADLER (Realcontract und Vorvertrag, *Jkerings Jahrbucher,* 31, 272) houvesse incorrido em tal erro. O pré-contrato é *contrato* e como tal tem *sua* oferta; a oferta do contrato que se promete já seria execução do pré-contrato.

§ 1.512. Classificação dos pré-contratos

1.UNILÂTERALIDADE E BILATERALIDADE. Os pré-contratos ou são unilaterais ou são bilaterais, conforme um só pré-contraente é obrigado, ou o são os dois. Nada tem essa divisão com a que concerne aos contratos que se prometem. Pode haver promessa unilateral de compra-e-venda: o promitente vincula-se, como comprador, a aceitar a compra pelo preço fiado, ou, como vendedor, a vender a coisa.

2.DIREITO DE OPÇÃO E PRÉ-CONTRATO. O direito de opção não é oriundo de pré-contrato; não Há pré-

contratualidade, no sentido de *promessa de contratar,* O titular de tal direito não exerce pretensão oriunda de promessa de contratar, e sim *pretensão a concluir o contrato, só por si;* o outro contraente já se despojou do seu poder de declarar: já declarou; o titular do direito de opção é que ainda não completou a sua declaração. Algo se mutilou ao contrato, porém não se pôs em obrigação de prestar o profitente: êle já prestou o que tinha de prestar, de modo que, se o titular não opta, o contrato de opção se *resolve.* Melhor: perde o objeto.

3.O DIREITO DE VIDA PRÁTICA. Na vida prática, tanto quanto no plano da teoria, essas distinções são de valor enorme. A cada momento, os comerciantes e os não-comerciantes estio a concluir *contratos de opção,* sem prestarem a devida atenção a que o contraente outorgante da opção dá *mais,* nesse contrato, do que daria se apenas prometesse compra-e-venda. A tal obscurecimento se chegou, por inciência, que alguns juizes e juristas superficiais pensam que mais garantia tem o outorgado com a promessa de contratar do que com o contrato de opção.

4. TRAços DIFERENCIAIS. Insistamos na distinção:

<a) Na *promessa de compra-e-venda,* há promessa de contratar: declara-.se, prometendo-se compra-e-venda; de moda que se *promete* prometer. Tanto o promitente vendedor quanto o promitente comprador concluem promessa de contratar compra-e-venda, nem nº vende, nem êsse compra. Se temos o negócio jurídico como em linha ABO, podemos dizer que ambos param em B. Não é isso, de maneira nenhuma, o que se observa quando alguém, em vez de prometer, vende, e, em vez de prometer, compra; nem, sequer, o que ocorre quando alguém presta, desde logo, *toda* a sua declaração de vender, sem que o outro contraente preste *toda* a sua declaração de comprar, ou vice-versa.

(b)No *contrato de opção,* tudo se passa como se, na ocasião da assinatura da escritura de compra-e-venda, em vez de o tabelião dizer que os contraentes estavam de acordo em que um vendesse e outro comprasse, apenas escrevesse que o vendedor declarou vender e o comprador se reservou somente declarar depois, querendo: concordou em que o vendedor vendesse e em que ao comprador ficasse o direito de opção, no que também concordou o vendedor. Um vende, porém o outro *ainda* não compra, e talvez não chegue a comprar. Ou vice-versa.

À promessa de compra-e-venda faltam *duas* declarações, que são objeto da promessa, isto é, das declarações de agora. No contrato de opção, não: o que deu a opção já emitiu toda a sua declaração de vontade, nada lhe resta fazer; o que tem o direito de opção é que pode, dentro do prazo, emitir a sua. *É* exatamente essa declaração de vontade, *que falta;* e essa declaração de vontade não foi, sequer, como a declaração de vontade do promitente comprador, na promessa de compra-e-venda.

5.DESAPROPRIAÇÃO, PROMESSA DE COMPRA-E-VENDA E CONTRATO DE OPÇÃO. A diferença também se manifesta quando ocorre desapropriação pelo Estado. O promissário comprador não mais pode exigir a execução da obrigação de declarar; ao passo que o titular do contrato de opção pode, ainda, optar, e contra Ele é que se dá a desapropriaÇÃO, passando a ser o legitimado na relação jurídica processual.

1. 513. Pré-contrato de contrato real

1.— SUBSTÂNCIA‖. EM COMPARAÇÃO DE E. STORCH, EM 1878. Os

ESTUDOS DE H. DEGENXELE, EM

1871 E 1887. Vai longe o tempo em que H. STORCH *(Darlehnsvertrag,* 28 e 36), a propósito do contrato de mútuo, que é *real,* falava de *conventio* e *res* como se fossem o mesmo que espírito e substância, ou alma e corpo: haviam de estar ═intímamente ligados, e não só um junto ao outro. Daí não se poder ou não se dever conceber o *pactum de muino dando,* nem o *pactum de mutzw accipiendo.* Opinião radical, que se teve de par de lado, principalmente depois da critica de H. DEGENRELE e das provas, com os textos romanos, que êle fêz.

2. OPINIÕES: H. STORCH; F. SUFFRIAN; J. KOHLER. Se consideramos a atitude de H. STORCH como a opinião negativa, temos três:

1) A opinião de H. STORCH, que julgou incindível o todo *"conventiores",* a que corresponderia o todo —alma-corpo‖. Temos sempre mostrado que essa separação é responsável por muitos erros, assim em filosofia como em psicologia, em gnoseologia e em ciência do direito; porém, no caso da *conventio* e da *res,* ou, melhor, da consensualidade e da realidade dos contratos, o todo nada tem com alma-corpo, ou espírito-substância, pois existem os contratos *consensuais* e os contratos que têm, a mais, o elemento *res.*

2) A opinião dos que somente reputam conseqUência da inexecução voluntária a ação para haver perdas e danos, como F. SUFnIAN *(Das* pactum de mutuo dando, 5 s.), em 1866. No plano dos *pacto, de contrahendo,* foi a atitude que tomou o Código Civil brasileiro, para as promessas de contratar deficitárias de escritura pública (art.

1.088); não, porém, para as outras, inclusive para a de mútuo: Cp. F. REGELSEERGER *(Civilrechtliche Erdrterungen,* 1, 13 s.).

8)A opinião dos que admitem que o promitente do mútuo, ou da sua aceitação, possa ser condenado a emprestar ou a tomar de empréstimo.

Assim, 3. KOELER *(Gesammelte Abhandlungen,* 1, 51 s.); aliás, desde 1875, em artigo. O obrigado a contratar (a dar) mútuo pode exigir que o mutuário, ao tempo da dação, mereça crédito. O promitente, ao prometer, queria prestar no futuro, e não expor-se a perder (Cf. L. 80, pr., D., *de solutionibus ei liberationibus, 46,* 3). £ o que se há de presumir. O art 1.092, alínea □

2 a, do Código Civil brasileiro é invocável. Se o mutuário se recusa a

receber a moeda do mútuo, há de ressarcir perdas e danos, porque todo mutuante tem interêsse em inverter o dinheiro e, para se prontificar à execução do seu pré-contrato, tem de reter consigo moeda. t questão delicada a de se saber se pode o juiz mandar depositar o dinheiro e dar o mútuo por feito. Antes de tratá-la no plano doutrinário, observemos que o art. 1.006, *§* 2.0, do Código de Processo Civil seria útil-mente aplicável. Mas está, é certo, no Titulo V, que cogita —da execução das obrigações de fazer ou não fazer‖, e não no Titulo IV, que se refere à execução —por coisa certa ou em espécie‖, nem no Título III, que regula a execução por quantia certa, e a condenação executiva não bastaria desde logo *(§* 2.0). Assim, se real o contrato, a questão assaz se complica.

3.DIREITO BRASILEIRO. PROMESSA UNILATERAL E PROMESSA BILATERAL. ÉRRO DE

TERMINOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. Nada impede, no direito brasileiro, a *bilateralidade* da promessa de contratar mútuo: o *pactum* pode ser *pacturn de mutuo dando et accipiendo,* ao contrário do que, segundo a opinião dominante, ocorre no direito alemão (aliás, contra, .1.RORLER, Das Vereinbarungsdarlehn, *Archiv fiLr Biirgerliches Rech.t,* 33, 11; E. LÚBBERT, Der Kreditvertrag, *Jherings Jakrbiicher,* 52, 377). O art.

1.092, alínea 2.~, do Código Civil, é invocável, sem ser preciso, portanto, a regra especial do *§* 610 do Código Civil alemão.

Assim, a promessa de mútuo tanto pode ser unilateral *(pactum de mutue dando, pactum de mutuo accipiendo)* quanto bilateral *(pactum de mutuo dando ei accipiendo).* Se o pré-contrato já fala de juros, claro que a bilateralidade se estabeleceu. Algumas particularidades oferece tal pré-contrato que devem aqui ser tratadas, por intervirem, algumas vêzes, nos pré-contratos de compra-e-venda de lotes com promessas de mútuo, que se não confundem com *o contrato de financiamento* a que se refere o Decreto-lei n. 58, arts. 18-21.

Assim, *(a)* a pretensão ao mútuo não é cessível, nem pode, portanto, ser penhorada, arrestada ou seqUestrada, uma vez que se levam em conta, no pré-contrato *(pactum de mutuo „dando),* a pessoa do devedor e a sua solvência; mas *(b)* vale a cessão se o mútuo se destinava ao pagamento ao cessionário, ou se, prestado ao cessionário, se entende prestado ao cedente que fica obrigado (mas aí a cessão é só aparente), como se há autorização de cobrança outorgada a terceiro; *(c)* não há compensação contra o promitente mutuário, mas êsse pode utilizar o

crédito para compensar (F. REGELSEERGER, *Nachschrift* ao artigo de E. LUBBERT antes citado, 417); *(d)* há o direito de resolução em virtude do Código Civil, art. 1.092, alínea 2.~.

(Os juristas alemães, na esteira do Código Civil alemão, *§* 610, que falou de revogação, *verbis* —kann im Zweifel das Versprechen widerrufen‖, continuam a tratar da declaração do promitente, no *pactum de mutuo dando,* como se fosse caso de revogação da promessa, à semelhança, portanto, da revogação do mandato, ou da promessa ao público.

Ora, a categoria jurídica não é essa: o promitente mutuante não *revoga,* usa do seu direito de resolução, ou, se a insolvência era anterior e ignorada, do seu direito de impugnar por erro. Apenas essa resolução é *ex nuno,* tal, que o seu nome, em boa terminologia, é resilição, declaração unilateral de vontade receptícia, com eficácia *ex nune.*

AFRICANO, na L. 38, D., *de sojutionibus et liberationibus, 46,* 3, enunciou: —Quando alguém haja estipulado que se lhe dê, ou a Tício, mais é de entender-se que, pagando-se a Tício, somente se solve bem se permanece no mesmo estado em que se achava quando se interpôs a estipulação‖ Aí está resolução, e não revogação.) *4.* MÚTUO E ETIMOLOGIA. *Mutuum,* etimolôgicamente, émudar de lado; vem de *mutare,* mudar. A bilateralidade ressalta, sem se dar valor à fantasia de GAIO (III, 90), que o ligava ao fazer-se —teu‖ o que é —meu‖:

—Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi à me datum est, ex meo tuum fit‖. A promessa *de mutuo dando* e a *de mutuo accipiendo* quebram essa bilateralidade, porém em menos casos do que ordi nàriamente se pensa. É rara a promessa que não é bilateral

5.O PROBLEMA TÉCNICO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 1.006. O que se disse sôbre o mútuo é também verdadeiro para outros contratos reais, *a priori,* em qualquer sistema que os tenha. Mas, uma vez que o *pactum de mutuo dando* já tenha todos os pressupostos do contrato real de mútuo, o titular da ação para obrigar a concluir o contrato de empréstimo pode invocar o art. 1.006, *§* 2.0, porque o réu *prometeu* declarar e a lei processual deu a solução. O promitente terá o prazo *para executar.* j,Se o não executa? Volve-se à questão:

j,cabem as perdas e danos, tão-só; Ou pode ser *realizado* o contrato?

Chega-se, assim, à questão precisa: ~ pode a execução ser *nos bens,* para o empréstimo?

O *§* 2.0 do art. 1.006 do Código de Processo Civil enunciou:

—Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo‖. Temos, pois, que a promessa de contratar mútuo, se satisfez os requisitos do contrato futuro de mútuo, permite que o juiz assine, desde logo, prazo, ao devedor do mútuo, para presta-lo, isto é, *dio.* Tira-se daí que a lei processual permitiu *executar-se* a promessa *de mutuando:* a execução é a da obrigação de prestar quantia, que já é líquida, ou se liquidará! Há, *comnwditatis causa,* o salto.

Salta-se a execução do pré-contrato. , -

6.PACTOS DE DAR MÚTUO E ACEITAR. O problema técnico legislativo está em se saber se o pré-contrato dá *(a)* ação para exigir o *contraitere,* ou só *(b)* o interêsse (perdas e danos). Assim, restritamente, F.

REGEISBERGER *(Civilrechtlieh.e Erõrterungen,* 1, 131). Aipda, em terceira solução (c), há a opinião dos que ddmitem cominação de pena pelo juiz (H. DEGENXELE, Zur Lehre vom Vorvertrag, *Ãrchiv fiir die civilistische Praxis,* 71, 44).

A quarta solução *(d)* converte a execução do contrato (pré-contrato) consensual em execução de contrato real, se a quantia pode ser *apreendida* (Código de Processo Civil, art. 994, *§* 3~0), ou em execução de *quantia certa* (art.

918).

A opinião *(b),* que ainda era a de II. DERNBURG, no plano do direito civil e processual alemães, pretendeu firmar-se em que os contraentes ou os declarantes unilaterais, no *pactum de mutuo dando* e noutros pré-negócios de contratos reais, somente cogitam das perdas e danos, e não do *contrahere.* Nas promessas de empréstimo a longo prazo, ou em circunstâncias especiais e cláusulas fora do ordinário, as perdas e danos podem não ter sido a sanção esperada. Em verdade, continuou a luta entre se saber se a ação seria para se concluir o contrato ou se apenas para o pagamento da quantia, desde já. F. EISELE e E. DEGENKOLB entenderam que somente aquela, ao passo que KARL ADLER frisou já existir no pré-contrato todo o elemento consensual do mútuo e só faltar o elemento real.

Aqui, temos de lembrar o *§* 894 da Ordenação processual alemã, de

onde nos vem o art. 1.006 do Código de Processo Civil, porém não o *§* 2.~. A diferença ser-nos-á imensamente instrutiva.

Lê-se no *§* 894, alínea 2.~: —Se o devedor houver sido condenado à emissão de declaração de vontade, esta se considerará emitida ao transitar em julgado a sentença. Se a declaração de vontade depende de contraprestação, a eficácia começa desde que, segundo as determinações dos *§§* 726 e 720, se expeça o mandado executório da sentença passada em julgado‖.

Está no art. 1.006 do Código de Processo Civil: —Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado‖. No *§* 1.0: —Os efeitos~~ ai efeitos‖

está em lugar de —fôrça e efeitos‖ (eficácia) —da declaração de vontade que dependam do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta‖. No *§* 2.0: —Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo‖. A obrigação que se executa é, então, a do contrato, e desde logo, e não a do pré-contrato: abrevia-se a execução da *obrigação de contrair contrato com a obrigação b* em execução da *obrigação b.* A regra é extremamente importante.

Segundo a concepção de F. EIsELE *(Zeitschrift flir sch,weizerisches Recht,* N. F., III, 28), a sentença, trAnsita em julgado, pela qual se condena alguém a declarar vontade, não pode ser executada desde logo, nem se tem a execução do contrato real, porque (aplicando o seu pensamento) a ficção do *§* 894 somente apanha a *coisa julgada material* da sentença. Não se poderia ir buscar a coisa para se pôr dentro da declaração de vontade criadora do contrato *real.* Assim, ainda, explicitamente, P.SCHERLER *(§* 610 *RGR.,* 49 s.).

7.FRONTEIRAS DO DIREITO MATERIAL COM O DIREITO PROCESSUAL. Se o pacto é só *de mutuo dando,* ou se é só *de mutuo accipiendo,* é negócio jurídico bilateral; mas, exatamente, contrato unilateral. Se é *de mutuo dando et accipiendo,* é bilateral, sinalagmático. Existe interêsse em que o promitente mutuante empreste, mutue; e em que o promitente mutuário aceite. A ação de perdas e danos nasce, num ou noutro caso. As dúvidas apenas surgem quanto a outras ações, tendentes a *realizar* o conteúdo do contrato que se prometeu. Os contratos reais não dependem só da declaração de vontade; dependem do *fato* da tradição, do elemento *res.* ~ Pode a

sentença supri-lo, ou, melhor, é permitido ao juiz *dar* a coisa? Não mais se está no *plano dos direitos subjetivos,* nem, sequer, no *plano das pretensões,* nem no *plano das ações e exceções,* no sentido do direito material; está-se no plano das —ações‖, no sentido do direito processual. A resposta é, necessariamente, de política legislativa do direito das *execuções.*

A expressão —execuções‖ diz tudo. Está-se em terreno em que se vão marcar os *limites* das —ações executivas‖, as raias da execução do ato humano, pelo Estado. O problema pode ser levantado e tem de ser levantado como problema de *política legislativa processual;* depois, como problema de *interpretação da lei processual.* Ou o juiz pode, ou não pode *dar,* em vez note-se bem *em vez* do obrigado; como pode *penhorar* e *solver* por êle. A resposta depende da extensão da ação executiva..

Naturalmente, os direitos e as pretensões que nascem da promessa de contratar mútuo, ou outro contrato real, são diferentes dos direitos e pretensões que nascem do contrato de mútuo ou outro contrato real. Mas.., a promessa de concluir contrato real é promessa de concluir contrato que *já* exige a *criação* de direitos especificamente *reais* e, pois, de pretensões *reais.* O problema da execução da promessa de concluir contrato real identifica-se com o problema da execução do contrato real. A *alternativa,* a favor do réu, na ação promovida pelo que. obtivera a promessa de empréstimo, exclui que se possa exigir a *realidade* do contrato-prestação: ou o réu empresta, ou o réu não empresta e paga as perdas e danos. Isso importaria em dizer-se que o art. 1.006 não protege as promessas de contrato real. A velha opinião de F. EISELE.

8.PROBLEMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA E DE DIREITO POSITIVO. Se a sentença trAnsita em julgado tem a eficácia de criar o contrato *real,* então tudo se circunscreve à questão:

§ 1.513. PRÉ-CONTRATO DE CONTRATO REAL

J,como se executa êsse contrato *real* a que faltou a tradição da coisa, se a fOrça só alcança o *consensus?* Está-se, evidentemente, nas fronteiras do direito material com o direito processual e isso não passou despercebido, em 1907, a F. REGELSEERGER (Nachschrift, *Jherings Jahrbicher,* 52, 425> ; porém raciocinou êle com os sós elementos do direito alemão: intimação da sentença, trânsito em julgado, prazo, inexecução, perdas e danos. Ora, isso significaria dizer-

se que a obrigação de concluir contrato *real* não é mais do que a obrigação de concluir êsse contrato —como se‖ fosse consensual. Prevalecendo isso, teríamos o circulo vicioso: êsse nôvo contrato, que se consideraria definitivo, apenas seria promessa de concluir contrato real! A velha discussão sôbre se o elemento *res* é *condicio inris,* ou apenas *pressuposto de qualidade,* teria aí nova oportunidade. ~, Existiria êsse contrato real *deficiente condicione?* ~ Aí, a *exceptio non numeratae pecuniae* seria exceção ou seria defesa? £Não seria cabível a *exceptio non adirúpleti contractus?* Outras perguntas poderiam ser feitas.

9.CÓDIGO DE PRoCEsso CIVIL, ART. 1.006, *§* 2?. Esses problemas primeiro, de técnica legislativa, depois, de direito positivo têm de ser resolvidos com as regras da lei processual: (a) Ou a lei material admite ou não admite o pré-contrato de contrato real.

(b)Se a lei não admite o pré-contrato de contrato real, ou ela o tem por inexistente como contrato, ou por *inexistente* como contrato real, ou o tem por *nulo,* ou por *ineficaz,* gradação de inadmissão, que começa pelo *zero* (inexistência).

(c) Se a lei admite o pré-contrato de contrato real, tem ela de lhe regular os *pressupostos de fundo,* os *pressupostos* de *forma* e a *eficácia.* Nada obsta a que atribua eficácia mais intensa ou mais extensa a pré-contratos que satisfaçam maior número de *pressupostos (e. g.,* todos os do contrato definitivo, Código de Processo Civil, art.

1.006, *§* 2.0). Se admite somente o *pactum de (e. g., mutuo) dando,* ou só o *de accipiendo,* ou um e outro, é problema de técnica legislativa. Pode, outrossim, exigir a bilateralidade. A tradição luso-brasileira é no sentido de valer o *pactum de mutuo dando* (MANUEL MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana,* II, 225). E, pois, o *de mutua accipiendo.*

(d) A solução mais completa é a que dá ao juiz, que executa, pelo Estado, a promessa de concluir contrato real, a *execução da declaração de vontade,* em vez do obrigado, *e* a *execução do elemento "res".* Nessa solução, a *facultas alterna-. tiva,* a favor do réu, não existe; se o autor prefere o pedido alternativo, assim procede sámente *porque o quis.*

(e) Outra solução é a que transforma a relação entre o promitente e o promissário da dação de mútuo, ou outro contrato real, em *facultas alternativa* retardada: a sentença passada em julgado tem eficácia de concluir contrato consensual sem o elemento *res,* e êsse contrato, inexecutado pelo devedor, produziria obrigação de perdas e danos.

É evidente que a economia aconselharia a pôr-se, desde logo, a *facultas alternativa,* a favor do réu, evitando-se êsse retardamento.

(g) A solução que somente dá a ação de perdas e danos é contraditória com a atitude de admitir o pré-contrato de contrato real: a condenação há de ser a concluir ou pagar perdas e danos, como aconteceria a respeito de qualquer pré-contrato de contrato consensual. Mora sem obrigação de prestar seria conceito estranho.

(li) A solução (h) adota a (fl) somente quando a quantia *possa* ser apreendida pelo juiz; isto é, excluida a penhora para se apurar a quantia que haja de ser mutuada.

10. DOUTRINA ANTERIOR. O Código de Processo Civil, art. 1.006, §2.0, não protege pré-contratos regidos pelo art. 1.088 do Código Civil; protege, porém, todos os outros que o sistema jurídico admita. Se o pré-contrato de contrato real, ou não, contém todos os elementos do contrato prometido, a execução *é a do contrato,* que se prometeu. O principio de economia levou o legislador a essa abreviação de tempo: tem-se por já concluído L.

o contrato que se prometeu concluir; e executa-se êsse, e não o pré-contrato. Houve certa síntese, feliz, nessa solução.

ConseqUência:o titular do direito ou da pretensão de contratar cujo título serviria ao contrato mesmo, que é objeto da promessa, pode pedir a condenação do devedor a emitir a declaração de vontade, tendo a sentença a *fOrça executiva* de tal obrigação (art. 1.006); ou, preferindo a via do art. 1.006, *§* 2.0, desde logo usar da ação executiva própria da obrigação *nascida do contrato.*

Mas, dir-se-á, falta o elemento *res.* Não há dúvida que em muitos casos pode faltar. Porém há Esse elemento: a) se o réu aludiu a coisa que se determinou (comodato da casa A; empréstimo do dinheiro que terá de receber de C, ou do dinheiro que se acha no Banco D, ou se no pré-contrato aludiu a fundo de reserva da casa comercial, que seria emprestado), o elemento *res* foi antecipado e o juiz pode aplicar o art. 1.006, § 29; b) se o réu tem com o autor alguma quantia, ou se o autor deve por outro título ao réu (compensação excepcional, F. REGELSBERGER, Nachschrift, *Jherings Jahrbiicher,* 52, 417).

A menção não é exaustiva. A tradição é a favor dos pactos *de contrahendo,* ainda se real o contrato.

11.PRÉ-CONTRATOS E AÇÃO. AGOSTINHO BARBOSA comentou, no seu tempo, a L. 10, O., *de pactis,* 2, 3, e sustentou a exigibilidade dos pactos *de contrahendo.* MELo FREIRE *(Institutiones,* IV) admitia os pactos *de mutuando* e *de commodando.* CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 295) tratou da ação de pacto, com a *facultas alternativa* a favor do réu. TENºEIRA DE FREITAS (nota 688 à ~ua edição da *Doutrina das Ações* de CORREIA TELES) falou das promessas de emprestar e de depositar como contratos consensuais, —mas (neles) os contratos prometidos são contratos reais‖, que, —como tais, só começam a produzir efeitos depois da entrega da coisa‖. —Como, entre nós, todos os contratos se reputam consensuais, se prometi emprestar, posso ser demandado e, caso não empreste, serei responsável pelo prejuízo causado‖. Quis dizer: como, entre nós, a todos os contratos basta a consensualidade, de modo que, sendo reais, se concluem, se lhes falta o elemento *res,* como contratos consensuais, se prometi emprestar, posso ser demandado. A razão não estava certa: as promessas de contratar são contratos consensuais, não precisam da regra de que ser a realidade elemento a mais, e necessária e suficiente a -

consensualidade; foram *pacta nuda,* geraram depois *exceptiones,* mais tarde se vestiram de ação *(pacta vestita)* e, finalmente, se fizeram eles contratos como outro qualquer contrato (adiante, *§* 1.515). TENºEIRA DE FREITAS

poderia ter usado o argumento a favor de *serem* como contratos consensuais os contratos *reais* em que não tivesse havido a tradição; a respeito das promessas de contrair mútuo seria supérfluo e tardio de mais de dois mil anos. M.

1. CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos no Direito Civil,* 1, 115) entendia que o pacto *de mutua dando* não gerava obrigação, no direito romano (!) e no brasileiro. Mas logo admitia (1, 116) a ação de perdas e danos. ~

outro ponto em que alguns dos nossos escritores pecaram: se cabe a ação de perdas e danos> o contrato ou pacto gerou obrigação do outro contraente; há *pretensão* e *ação.* A eficácia da pretensão é uma coisa, a acionabilidade é outra; ter uma só ação ainda é ser *acionável.*

12.LUGAR DE ExECUÇÃO DOS PRÉ-CONTRATOS. O lugar em que se há de fazer entrega do mútuo, ou outra *res,* na execução de tais pré-contratos de contratos reais, não é sempre o mesmo; porém o do mútuo é, na dúvida, não o domicílio do credor, e sim o do devedor

(credor do futuro mútuo). A remessa ao promissário e à custa desse, se a pediu (Cf. J. KOIILER, Ober Konsensualdarlehn, *Archiv flir Ejirgerliches Recht,* II, 238; contra, Fa.

LEONHARD, *Erfiillungsort,* 59; cp. Código Civil, art. 950) –

§ 1.514. Pré-contrato de contrato consensual

1.UTILIDADE DA CATEGORIA JURÍDICA Do PRÉ-CONTRATO DE CONTRATO CONSENSUAL. O pré-

contrato de contrato consensual é menos justificável, no terreno prático, *se lhe não falta* algum dos elementos do contrato definitivo. *Se falta,* ainda pràticamente, a sua concepção não só se justifica, impõe-se à técnica legislativa.

Enquanto êsse elemento, que ainda não se apresentou, não está ao alcance do promitente, compreende-se que se prefira ao contrato pré-contrato. Melhor: que se tenha de dele lançar mão. Exemplo: se está em causa compra-evenda de terreno, ou de terreno e casa, ou de apartamento (fração de terreno *mais* partes integrantes *pro diviso* e *pra indiviso),* e os papéis fiscais ainda não se acham em ordem, ou se há alguma questão que dificulte ou impeça o registro do imóvel, é evidente a vantagem de se admitirem as promessas de contratar. Direito que não as reconhece, ou as dificulta, é direito aquém da vida, direito concebido por espíritos que se não deram conta da evolução que se operou no terreno da história legislativa ocidental e no terreno da história das doutrinas e da dogmática jurídica desde as primeiras *exceptiones* atribuidas aos *nuda vacta* (adiante, *§* 1.515).

2.PRÉ-CONTRATO DE CONTRATO CONSENSUAL, A DESFEITO DE JÁ SE PODER ATENDER A TODOS

OS PRESSUPOSTOS DO CONTRATO PROMETIDO. *A priori,* se o pré-contrato satisfaz todos os pressupostos do contrato, parece supérflua essa profecia de fato quando êsse já é suscetível de acontecer; *prometese* o que desde logo se poderia *executar.* Tratando-se de contrato sem condição, ou termo, e sem qualquer prazo, a superfluidade ressaltaria. Porém o legislador pode regrar o pré-contrato, ainda nºesses casos, *abstraindo* da identidade de pressupostos, pan atender, em primeira plana, a conveniências mínimas dos com- traentes. Foi essa a atitude do legislador brasileiro quanto a *lotes* de terrenos inscritos e, em

generalização inesperada, mas útil e sábia, quanto a quaisquer promessas *de contrahendo,* relativas a bens imóveis (Decreto-lei n. 58, art. 22; Decreto ii 8.079, art. 22; Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.0).

Não houve qualquer distinção quanto à promessa *de vendendo* e à promessa *de emendo.* A *mora debitoris* e a *mora accipiendi* operam-se segundo os princípios, os comuns ou os da *Jex speeialis.*

Se alguém vendeu lote que era seu, ou parte divisa de terreno que era seu porém ainda não fôra dividido (loteado), ou lote que não era seu ou parte divisa de terreno que não era seu nem ainda fôra dividido (loteado), *obrigouse.*

Não importa se acrescentou na escritura pública, ou no instrumento particular (tratando-se de valor até dez mil cruzeiros), acordar em transferir (acordo de transmissão), o lote, ou a parte divisa. O acordo de transmissão não poderia ter eficácia; mas o contrato consensual tem-na, porque sua eficácia é irradiação de direito ═e obrigação pessoal.

Se o contrato de compra-e-venda foi por escritura pública, o vendedor tem dever e obrigação de prestar. Não se trata de pré-contrato, mas de contrato. Se o contrato de compra-e-venda não obedeceu *à* regra jurídica de forma, incidem os arts. 130 e 1.088 do Código Civil. —Não vale o ato, que denºar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida‖ (art. 180; cp. Código de Processo Civil, art. 118).

 Para que se possa invocar o art. 11 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987, *verbis* —contratado por instrumento público ou particular‖, é preciso tenha havido o depósito, seguindo-se o registro, de acordo com os arts. 1.0~4.o do Decreto-lei n. 58. Se o negócio jurídico (pré-contrato ou contrato de compra-e-venda) foi por escritura pública, não há pensar-se em arrependimento: o promitente e o promissário não precisavam de invocar o Decreto-lei n. 58. Somente rege o art. 1.088, em virtude do art. 130 do Código Civil (arts. 82 e 145, III), se o contrato de compra-e-venda não foi por escritura pública e com isso se infringiu o art. 184, II, do Código Civil. O

Decreto--lei n. 58 nenhuma regra jurídica de validade contém.,Diminuiu êle o número de casos de nulidade, pois que permitiu, se observada a lei especial, que fossem por instrumento particular os pré-contratos de compra-evenda? Não; porque a regra de

forma para o contrato não se estende, no direito brasileiro, ao pré-contrato (Tomo III, *§* 348, 8, 4).

8.CAMPO DE APLICAÇÃO DO ART. 1.006, *§* 2.‖, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVVIL. A respeito dos contratos consensuais, o *§* 2.0 do art. 1.006 do Código de Processo Civil ganha campo de incidência ainda maior do que a propósito de contratos reais. Se a promessa de contratar existe e vale, porém os seus pressupostos são em número inferior, ou não contêm os do contrato prometido, a ação é a do art. 1.006, de *força executiva,* que é a da eficácia de emissão, pelo Estado, da declaração de vontade (execução forçada das promessas *de contra/ tendo* ou, em geral, *de declarando).* Se a promessa de contratar, em vez disso, satisfez *todos* os pressupostos, de fundo e de forma, que seriam de exigir-se ao contrato, então a promessa de contratar já é exigível como contrato, *e tem a ação executiva que êsse teria.* O legislador fêz legal êsse *salto.* Utilização do principio —La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentiment réciproque des deux parties, sur la chose et sur le prnº‖, generalizado em

—Promessa de contratar, com todos os pressupostos do contrato prometido, equivale a êsse contrato‖, porém utilização *no plano processual,* no plano das execuções. O princípio francês força identificação, que sofre as criticas mais sérias, ao passo que a atitude brasileira, por sugestão do princípio de economia, *colou* ao direito material eficácia processual, executiva, a todo ponto recomendável.

Temos, pois, de reverenciar como regra notável a desse art. 1.006, *§* 2.0, cujo conteúdo, explicitado e utilizado pela doutrina, será de grande vantagem técnica e prática para o direito brasileiro. Teoricamente, a sistemática do nosso direito não só a permite como se enriquece com ela. Praticamente, além de ser aplicação do principio de economia, presta os serviços próprios de toda eficácia vinculativa de exigência enérgica.

CAPÍTULO III

PRÉ-CONTRATO E PACTOS ADJECTOS

§ 1.515. Pactos —de contrahendo‖ e pactos adjectos

1.ADJECÇÃO E PREJECÇÃO. EvoLUÇÃO DO DIREITO ROMANO. A *adjecção* dos pactos, hoje *adjecção* dos contratos, ou das cláusulas, é inconfundível com sua pré-contratualidade ou prejecção. —Pactum‖, para o direito romano, era a declaração de vontade concordante sem algum pressuposto, que lhe fazia falta, como acontece à remissão sem formalidades. Nos inícios, faltando forma, o pacto era *nu,* e o *nudum pactum* não produzia relação obrigacional. Depois, o direito pretoriano admitiu que gerasse *exceptio:* não havia ação, mas havia exceção; —nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem‖, tal como se diz na L. 7, *§* 4, D., *de pactis,* 2, 14, tirada de ULPIANO, no livro quarto *ad ediotum.* Por vêzes, a *exceção* ou as *caucões* vinham dotar de eficácia relações a que o direito não munia de ação; outras vêzes, dava-se ação, antes que se compusesse, perante o direito, *relação juridica.* Só havia a crisálida.

Os pré-contratos são contratos. Os pactos adjectos, de regra, são-lhes juntáveis como aos contratos cuja prestação prometida não é contrato. As arras exercem, neles, função de relêvo.

2.PACTOS NUS E PACTOS VESTIDOS. Havia pactos que produziam ação isto é, eram pretendíveis e acionáveis perante o direito civil; pactos que somente a tinham por direito pretório; e pactos a que posteriormente, por direito civil ou imperial, se conferiu a acionabilidade. Eram os pactos vestidos, *pacta vestita,* em contraposição aos pactos nus.

3.—Acno‖ E —ExCEPTIO‖. Já o direito clássico reconhe cia a acionabilidade dos *pacta adjecta,* isto é, dos pactos que se concluíam no mesmo momento *(ex continenti>* que algum *bono,e fidei negotium,* tais como a cláusula penal, a estipulação a favor de terceiro e as arras. O conteúdo do pacto aproveitava a acionabilidade *ex bona fide* do contrato principal. Aí, a acessoriedade ressaltava. Tanto que, se a convenção era posterior, não podia o pacto fundamentar a ação. A simultaneidade, a continência, era que determinava o contágio benéfico. Se o pacto não se fizera acessório do contrato principal. ou, melhor, *ad-iectum* do contrato, faltava-lhe a *actio.* Só lhe assistia *exceptio.*

4.Dnwno PRETÓRIA. . No direito pretório, o *pactum* de cumprir obrigação já existente, do pactuante ou de outrem, passou a ter acionabilidade. Assim, o *constitttttum debiti,* ou fosse *debiti proprii* ou fosse *debiti alieM,* como a promessa de garantia dos banqueiros, *receptum argentarji,* ambos relativos a coisas fungíveis, tiveram do

Pretor, respectivamente, a *adio constitutoria* (pecunise constitutae) e a *adio recepticia.*

5.DutErro IMPERIAL POSTERIOR (PROMESSAS DE DOAR E PROMESSAS DE DOTE). No direito imperial posterior, foram acionáveis os simples pactos sem forma devida de doar e a promessa de dote. Teodósio II e Justiniano foram os le-. gisladores a respeito deles.

6. —PACTA LEGITIMA‖. Os *pacta legitima,* de que adima falamos (n. 4), eram prejectos, e não adjectos. Foram as crisálidas das *pacta de contrahendo,* de que tratamos nesta Parte XI. Mas há os pactos adjectos de que falaremos em seguida, como transição à Parte XII, ou já na Parte XII. Um deles, o de *arras,* ou é prejecto ou adjecto. A sua adjecção ou a sua prejecção precisa ser levada em consideração, porque nas arras para a conclusão de contratar há, implícito ou explícito, *paotzcm de contrahendo,* pré-contrato, o que faz virem à fIa os principios peculiares à pré-

contratualidade.

7. ARRAS PRÉ-CONTRATUAIS. As arras pré-contratuais eram o instrumento mais adequado à concepção do direito de arrependimento. Porém o direito brasileiro de modo nenhum anuiu em se presumir direito de arrependimento, razão cabal para se não consultar a doutrina francesa a respeito, pois o art. 1.690 do Código Civil francês diz coisa bem diversa do que se lê no art. 1.095 do Código Civil brasileiro: —Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractanta est maitre de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant. Et celui qui les a reçues, en restituant le double‖. Com aquela esperteza de anotador que o distinguia, MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA *(Fascículo de Dissertações,* II, 48) observou que, logo depois de dizer que —la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentiment réciproque des deux parties, sur la chose et sur le prnº‖ (art. 1.589), tinha o Código Civil francês denºado *essa* diferença: —E é bem notável o mistério que só no caso de ser a venda prometida de futuro, ainda que já venda de presente, é que admitiu, intervfndo arras, o arrependimento com perda delas

1.DEFINIÇÃO. Chama-se *arras,* ou *sinal,* ao que alguém dá à pessoa com quem interessa contratar: ou *a* > em sinal da conclusão do contrato *(arrha confirmatoria),* para firmar a presunção de que o contrato foi concluído e vinculou os contraentes *(arrha contractu perfecto data);* ou 1» em segurança de contrato ainda não concluído *(arrha pacto imperfecto data),* o que mais ocorre quando se precisa de certa forma, e não convêm, ou não se pode, no momento, satisfazer êsse pressuposto; ou e) para serem perdidas, se o que as deu preferir exercer o direito de ruptura (revogação) do contrato *(arrh.a poenitentiales).* As arras no sentido *a* > melhor é dizerem-se *declaratórias.*

2.O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.094, E ÀS ARRAS CONFIRMATÓRIAS. ARRAS PENITENCIAIS. O Código Civil, no art. 1.094, disse: —O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção de acordo final e torna obrigatório o contrato‖. Refere-se, evidentemente, às arras só confirmatórias. Ou melhor: à função de confirmatoriedade, normal às arras.

No art. 1.095, caracteriza-se que se pode tratar de arras penitenciais, e a regra é *dispositiva:* —Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em tal caso, se o arrependido fOr o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro‖. *Direito de se arrepender é,* ai, *direito de revogação.* Não se pode dizer que se está em questão de palavras.

A diferença é relevante; e deve-se denºar bem precisa a terminologia. O *direito de resolução* que se confere a alguém quando e porque o outro contraente incorreu em mora, ou culpa, não é o mesmo direito que aí se denomina

—direito de se arrepender‖.

3.OPERAÇÃO REAL OU PACTO REAL. Já no direito grego encontram-se as arras, operação *real* ou pacto *real,* adjecto ao contrato consensual. *Ana,* no teatro de PLÂrro, uma vez *rabo* (a-rabo), empenhamento, era o que se dava *re,* em garantia. TOda a antiguidade, e não só Gregos e Romanos, tivera arras. Que a idéia tenha vindo de TALES é fantasia de WACHSMUTII *(Hellenische Áltertumskunde,* II, 189), que se prende a anedota de ARISTÓTELES

(Política, 1, 4, 5) e de CICERO *(De Divinatione,* 1, c. 49, 111-112), aliás para se louvar a TALES

o negócio jurídico, a operação econômica, a especulação com as colheitas, e não a invenção das *arras.* Antes de TALES, já eram sinal da concordância das declarações de vontade. Os seus efeitos variavam nas legislações, tanto quanto a sua —taxa‖.

4.O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO DIREITO GREGO; INFLUÊNCIA DO DIREITO PROVINCIAL

No DIREITO ROMANO.

O direito de arrependimento, conhecido dos Gregos, não aparece nos textos dos jurisconsultos romanos. Mas atos egípcios e o livro siro-romano contêm tal direito, com as suas consequências. Nunca nos esqueça que as arras entraram em Roma~ por influência grega, através dos negócios e do tráfico.

O direito greco-egípcio usava as arras tanto nos contratos escritos quanto nos orais *(Greek Papyri in the Rritish.*

Museum, II, 204-205), pelo menos no século 1. E o direito de arrependimento está, com a torna em dObro, pelo que recebeu, ou a perda, pelo que deu, em documento egípcio do Museu de Berlim, do tempo de MARCO

AUItÉLIo *(Aegyptische Urkunden,* II, 446-447).

Assim, o direito provincial influiu no direito romano, levando-lhe a eficácia grega das arras, e provocou a legislação de Justiniano, um tanto contraditória.

§ 1.517. As arras no direito afonsino e manuelino

1. ORDENAÇÕES AFONSINAS. As Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 36, pr., frisavam tratar-se de negação do *direito de arrependimento:* —Fazendo-se compra e venda d‘algúa certa cousa por certo preço, despois que o contrauto he acordado, e firmado pelas partes, nom se pode mais d‘hy em diante algúa delías arrepender sem consentimento da outra parte, porque segundo disseram e estabelecerom as Leyx Imperiaaes, tanto que o comprador, e o vendedor som acordados, e firmados na compra e venda d‘algfla certa

cousa por certo preço, logo esse contyauto he perfeito e acabado, em tanto que dando, ou offerecendo o dito comprador o dito preço, que seja seu, ao vendedor, será elie theudo, e obrigado de lhe entregar a cousa assy vendida, se for em seu poder; e se em seu poder nom for, deve-lhe de pagar todo interesse, que perteencer, assy per respeito de gaança, como per respeito de perda

No *§* 1: .... . no caso donde o comprador e o vendedor ouvessem acordada e firmada sua venda e compra de certa cousa por certo preço, e o comprador desse logo de signal certo dinheiro ao vendedor, que se chama em direito arra, per segurança da dita compra, em tal caso se esse comprador se arrepender, e quizer afastar do dito contrauto, podelo-á bem fazer, mais perderá o dinheiro, que assy deu em sigual, como dito he: e bem assy dizemos que se o dito vendedor, que assy o dito signal recebeo do comprador, se quizer arrepender, e afastar da dita venda, po delo-á bem fazer, mais tornará ao comprador todo o dinheiro, que dello recebeo em signal, com outro tanto...t‘.

No *§* 3: —E no caso donde despois da venda e compra acabada por consentimento, e firmeza das partes, o comprador desse ao vendedor- certo dinheiro em parte de pago, ou em signal, e em paga, como algufts costumaô de fazer, em tal caso nom se poderá já mais algila das partes arrepender, e sair a0 contrauto sem consentimento da outra parte, ainda que queira perder a arra que- deu, ou outro tanto como aqueilo que recebeo; ca polo dinheiro, que assy foy dado em signal e em pago, ou em parte de pago, ouveram os Direitos esse contrauto de compra e venda por mais perfeito que bonde soomente foi dado em signal, e nom em parte de pago; e por tanto estabelecerom, que se nom possa já mais algúa das partes afastar delle sem conseútimento da outra, como dito he‖.

2.ORDENAÇÕES MANUELINAS E FILIPINAS. Nas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 24, pr. e *§§* 1-3) reproduziram-se as regras afonsinas, passando essas, depois, às Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 2, pr. e *§§*

1-3).

As arras *por segurança da compra-e-venda* vinham no *§* 1: —E no caso, onde o comprador e vendedor tivessem acordada e formada sua compra e venda de certa coisa por certo preço e o comprador desse logo ao vendedor certo dinheiro em sinal por segurança da compra, se o comprador se arrepender, e se quiser afastar do contrato, podê-lo-

á fazer: mas perderá o dinheiro, que assi deu em sinal. E bem assi, se o vendedor, que o sinal recebeu do comprador, se quiser arrepender e afastar da venda, podê-lo-á fazer; mas tornará ao comprador todo o dinheiro, que dele recebeu em sinal, com outro tanto. E esta pena é dada ao comprador e vendedor, por que não quiseram confiar da perfeição do contrato, e quiseram usar de outra nova provisão, convém a saber, de dar e receber o sinal‖.

O *§* 2 fêz a ressalva quanto ao —usado entre os mercadores‖.

O *§* 3 disse: —E se depois da compra e venda acabada por consentimento e firmeza das partes, o comprador der ao vendedor certo dinheiro em parte de paga, ou em sinal e paga, como alguns costumam fazer, não se poderá jamais alguma das partes arrepender e sair do contrato sem consentimento da outra parte, ainda que queira perder o dinheiro, que deu em parte de paga, ou em sinal e paga, ou outro tanto, como o que recebeu; porque pelo dinheiro, que foi dado em sinal e em paga, ou em parte de paga, ficam esses contratos de compra-e-

-venda mais perfeitos, que onde foi dado em sinal e não em parte de paga‖.

3.CÓDIGO CIVIL, ART. 1.095. Note-se que se fazia distinção entre arras posteriores e arras simultâneas ao contrato. Era a influência romana da diferença entre paêtos *adjecta,* simultâneos à conclusão do *bonae lidei negotium,* isto *é, ex continenti,* e os pactos posteriores, que não tinham *actio,* mas só *exceptio* (R. SOEM, *Jnstitutionen,* 163 ed., 566). O direito civil brasileiro apagou a regra dispositiva sôbre caber direito de arrependimento se simultâneas as arras (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 36, *§* 1, *verbi.s* —desse logo de sinal certo dinheiro ao vendedor‖; Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 24, *§* 1; Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 2, *§* 1, *verbú* —desse logo‖). Somente era possível estatuir-se assim porque, no direito reinícola, as arras, ainda em dinheiro, se presumiam arras, e não começo de paga, conforme adiante se discutirá. Para se presumir o direito de arrependimento tinha-se de presumir que as arras eram arras, e não começo de paga; ou se interpretaria o

—desse logo‖ como —desse‖ antes da —perfeição do contrato‖.

4..PACTO ADJECTO E DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Note-se também que, no direito reinícola, a regra dispositiva, se adjecto o pacto, continha o direito de arrependimento. No Código Civil, art.

1.095, estabelece-se exatamente o oposto: só há direito de arrependimento *se os contraentes acordaram em que houvesse.*

§ 1.518. Direito de arrependimento

1.O DIREITO ANTERIOR E O CÓDIGo CIVIL, ART. 1.096. Se houve sinal e começo de pagamento, como se só houve começo de pagamento, o direito afonsino como o manuelino e o filipino, depois excluia o arrependimento.

O Código Civil (art. 1.096) tem as arras em dinheiro como começo de pagamento: —Salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento. Fora êsse caso, devem ser restituidas, quando o contrato fôr concluído, ou ficar desfeito‖. Destarte, a regra dispositiva faz firme e *irrevogável* o contrato.

O direito de arrependimento não cabe.

No Código Civil, as arras podem coexistir com o direito de arrependimento; porém êsse não provém delas e nasce, *a despeito delas,* de estipulação especial. A função das arras é confirmatória; e só estipulação pode fazê-las *penitenciais.*

A penitencialidade só aparece como *pias.*

2.A REGRA DO CÓDIGO COMERCIAL, Art. 218, ORIUNDA DO USO ENTRE 05 MERCADORES, CONFORME AS ORDENAÇÕES AFONSINAS, LivRo IV, TITULO 36, *§* 2. A dação de arras, *ex continenti,* sem começo de paga, no direito português e brasileiro das Ordenações Filipinas, como das anteriores, importava direito de arrependimento. Excluia-se o caso de haver começo de pagamento, implícito nas arras, ou não. No direito comercial, a regra não incidia.

O Código Comercial, no art. 218, também dissera: —O dinheiro adiantado antes da entrega da coisa vendida, entende-se ter sido por conta do preço principal e para maior firmeza da compra, e nunca como condição suspensiva da conclusão do ═contrato: sem que seja permitido o arrependimento, nem da parte do comprador, sujeitando-se a perder a quantia adiantada, nem da parte do vendedor, restituindo-a, ainda mesmo que o que se arrepender se ofereça a pagar outro tanto do que houver pago ou recebido; salvo se assim fôr ajustado entre ambos, como pena convencional do que se arrepender

<art. 128)‖.

Aliás, já assim se ressalvava o *uso entre os mercadores,* desde o tempo das Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 36, *§* 2): —E esto se nom entenda nas compras e vendas, que se fazem per corretores entre alguús mercadores, estrangeiros ou vizinhos, sôbre alguãas mercadorias: ca em tal caso, ainda que o comprador dê alguã dinheiro em signal ao vendedor, nom denºará por tanto a dita venda de seer em todo firme, sem algutia das partes se poder mais arrepender della sem consentimento da outra parte; porque achamos que d'antigua-mente assy foi sempre usado antre os mercadores‖.

3.ExERCícIo DA PRETENSÃO SE HÁ CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO. Se no pré-contrato, ou no contrato se inseriu a cláusula de arrependimento, pode ser exercido êsse direito, com as conseqüências próprias, se o outorgado pede execução segundo o art. 1.006, *§* 2.0, ou segundo o art. 1.006 do Código de Processo Civil. Tal solução (a) é a que se coaduna com o sistema jurídico brasileiro e com os princípios da defesa processual, em vez daquela (b) que nega ao pré-contraente, ou ao contraente, em tais espécies, a ação do art. 1.006, *§* 2.0, ou a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. A solução (a) atende a que, estabelecido o direito de arrependimento, enquanto não se exerce o contrato tem de ser cumprido em tudo que se prometeu, e a que o arrependimento tem como consequência a prestação do que se prometeu, em tal caso prestar, ou se estipulou perder *(arrha poenitentialis).* Se há prazo, antes dele há de ser exercido; se não há, pode ser pedida ao juiz a fnºação: expirado o prazo, o direito desaparece. Nada obsta a que os réus exerçam direito de arrependimento (= direito de resolução ou de resilição), que é direito formativo extintivo, exercível no processo (L. ROSENBERG, *Lehrbuch,* 5.~ ed., 210, 253 e 882). Quanto à ação do art. 346 do Código de Processo Civil (Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, arte. 16 e 22, com a redação que lhe deu a Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art. 1.~), não; porque: tratando de pré-contratos de compra-e-venda de lotes, regidos pelo Decreto-lei n. 58, arts. 1.Ó~21, a cláusula de arrependimento é nula (Decreto-lei n. 58, art. 9.0) ; tratando-se de pré-contratos regidos pelo art. 22 do Decreto-lei n. 58, o art. 22 explicitamente fêz pressuposto da admissibilidade da ação o não haver cláusula de arrependimento *(verbis* —sem cláusula de arrependimento‖). A jurisprudência está certa, nesse ponto; mas é errada a jurisprudência que pretende raciocinar por êsse caminho a respeito do art. 1.006 ou do art. 1.006, *§* 29, do Código de Processo Civil *(e.* o., 2.a Turma do Supremo Tribunal Federal, *7* de janeiro de 1947, *R. 1*"., 112, 379; Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do

Paraná, 7 de novembro de 1947, *Paraná J.,* 46, 391).

§ 1.519. Arras no direito grego

1.ARRAS PARA CONCLUSÃO DE CONTRATO. Procurou-se sustentar que o direito grego não conhecia as arras *para conclusão de contrato,* somente conhecia as arras posteriores ou simultâneas à conclusão do contrato.

Érro grave, porque elas se podiam ligar a convenção anterior a êle, a pré-contrato (cf. R. DARESTE, Études sur le Traité des Leis de Théophraste, *Révue de Législation,* 1870-1871, 283), e a *arrha pacto impertecto data* vem, exatamente, do direito grego. São pontos assaz interessantes, pelas origens do direito romano e do nosso.

2.ARRAS PARA PROVA DE CONTRATO. Quanto a *provar era* os contratos a que se referem, como a darem o direito de arrependimento, está claro no *Tratado das Leis* de TEOFRASTO, enquanto não se cumpria o contrato, ou não expirava o prazo acordado.

3.COMEÇO DE PAGAMENTO. Discute-se se eram começo de pagamento. Não é de aceitar-se que se presumissem parte dele.

§ 1.520. Arras e pré-contrato

1.—PACTUM DE CONTRARENDO‖. A promessa de contratar, o *pactum de contrahendo,* é pré-contrato, portanto contrato é. Como contrato, nada obsta a que, nêle, ou a êle se dêem arras. Na promessa de compra-evenda, as arras regem--se pelos mesmos princípios que regem as arras que se dão no contrato de compra-e-venda.

No próprio contrato de opção, de que nasce direito formativo gerador, cujo titular não precisa, portanto, da colaboração do que o outorgou, nem da ação do art. 1.006 ou do art. 1.006, *§* 2.0, do Código de Processo Civil, as arras podem ter função confirmatória ou penal. Ainda mais:

podem ser *arrha pacto imperfecto data,* se o contrato de opção não foi concluído (pré-contrato de opção).

2.HOJE ARRAS ANTES DA CONCLUSÃO DE CONTRATO SÃO SINAL

SENSÍVEL

DE

QUE SE CONCLUIU UM PRÉ-CONTRATO.

Hoje, quando se dão arras *antes da conclusão* de algum contrato, têm-se elas como o sinal sensível de

que já se concluiu, com tal, pré-contrato (O. GIERRE, *Deutsches Privatrecht,* III, 368).

Quando CLÓVIS BEVILÁQUA <*Código Civil Comentado,* IV, 263), arguiu de *obscuro*

o

art.

1.096 do Código Civil, por falar de contrato a ser concluído, cometeu grave erro:

—Preceitua-se

a

restituição das arras quando o contrato *fOr conclui do.* Mas, se as arras firmam a presunção de que o

contrato se tornou obrigatório, e.como é que se hão de restituir quando concluído?

Contrato concluído

é contrato celebrado. A restituição do sinal se faz quando o contrato se executa ou cumpre‖. O autor

do Projeto primitivo não atendia (o que era de espantar) aos pré-contratos; no entanto,

mais

completo ficou o regramento do Código Civil com a norma oriunda do Projeto revisto (art. 1.246).

Sempre que se assegura o cumprimento de algum pré-contrato, que tanto é dizer-se que se assegura a

conclusão de algum *outro* contrato, cumprido nº está concluído êsse. O Código Civil, art. 1.096,

2& parte, está certo; quem não estava certo era CLóvis BEVILÁQUA, bem como aqueles

que

o

repetiram. Se as arras são *arrha. pacto impretecto data,* e não foram começo de pagamento, o que

seria difícil (não impossível) ocorrer em tais pré-contratos, pois seria começar-se de cumprir

contrato

ainda não concluído, têm de ser restituidas exatamente quando se cumpre o pré-

contrato, quer dizer

quando se conclui o outro contrato, o contrato que foi prometido. A crítica ao Código Civil foi

injusta e inferior a êle. É erro a evitar-se.

3.A LEI E AS ARRAS PARA CONCLUSÃO DE CONTRATO. As arras para segurança

de

contrato a concluir-se não precisam ser regradas especialmente pela lei. Pré-

contrato é contrato.

Não aparecem elas no Código Civil alemão; e nem por isso se tiveram por abolidas.

O que as deu e se

arrependeu perde-as; o que as recebeu e se arrependeu, pelo direito alemão, as restitui, em vez de

as restituir em dôbro. No entanto, no direito romano, a L. 17, C., *de lide instrumentorum et*

amissione eorum a *antapoch,is faciendis,* 4, 21, já dispunha que tais arras seriam devolvidas

em

dôbro (in duplum).

O Código Civil falou de arras, para a conclusão de contrato (art. 1.096), mas levanta-se a questão de se saber se o art. 1.095, 2.ª parte, rege tais arras: se rege, a promessa de contrato está em causa, e tanto ela quanto o contrato prometido são contratos; se não rege, não se teria por onde entender que as partes queiram a torna em dObro. As arras, por si sós, são *pactum,* adjecto a algum contrato explícito ou implícito. Ou êsse contrato é pré-contrato, ou é já o contrato concluído, ou falta determinada forma. O direito brasileiro não tira a validade às promessas de contrato na forma exigida por lei, de modo que ainda aí se permite a *arrha pacto imperfecto data.* Se foi estipulado o direito de arrependimento, o art. 1.095, 2.~ parte, cabe; se não foi estipulado, a promessa de contratar tem de ser cumprida, porque as arras foram para confirmá-la. Tais arras, quando *conclui do* o contrato prometido, têm de ser restituidas (art. 1.096, 2.~ parte).

O assunto merece maior exploração.

§ 1.521. Espécies de arras segundo a função

1.ARRAS PENITENCIAIS, ARRAS DECLAMATÓRIAS, ARRAS PENAIS. Temos de distinguir no direito civil vigente:

(a) As *arras peniten.ciais,* quando se admitiu o direito de arrependimento, arras que são regidas pelo art. 1.095. Se se arrepende o que pode arrepender-se, pois que, *ex hvpothesi,* a estipulação lho permitiu, observar-se-á o que foi disposto. Se nada se dispôs e o arrependido foi o que as deu, perde-as em proveito do outro; se nada se dispôs e o arrependido foi o que as recebeu, torna-as em dôbro.

(Torna-as; não as —restitui‖. Nos textos reinicolas, afonsino, manuelino e filipino, dizia-se, e bem, —torná-las-á‖. Em vez de se acertar com as nossas fontes, errou-se com a lei de outro país, no caso o Código Civil francês, art. 1.590, alínea 3.a: —Et celui qui les a reçues, en restituant le double‖. Pena é que os fazedores do Código Civil não houvessem conhecido a crítica que os essntores franceses faziam à terminologia da sua própria lei.) As arras penitenciais não são pena convencional; o pagamento delas (perda ou paga em dôbro) é somente *dirsito* da parte, e não *dever* (C. CROME, *Svstem,* II, 207). Criou-se alternativa a favor dela, se bem que o elemento —arras‖, que falta no direito de resolução, aí pasista. Não há penalidade, porque elas asseguram o devedor, ao passo que a pena convencional só assegura o credor. Não se presumem coexistentes com as perdas e danos.

(b) As *arras decla.ratórias* ditas *confirmatórias* são as que se estipulam com ou sem se criar direito de arrependimento e abstraindo-se, ou não; de ser começo ou não de pagamento, mas alusivas a contrato já concluído e sem promessa de outro. Em verdade, a declaratoriedade apenas tem servido para se distinguirem as arras que aludem a contrato já concluído, ou fazem supor-se essa conclusão, e as arras que se referem a contrato ainda por se concluir. No Código Civil, o art. 1.096, ao tratar das arras começo de pagamento, explicitamente fala das arras concernentes a conclusão futura de contrato *(verbis "quando* o contrato fôr concluído‖). Note-se, porém, que, uma vez que haja pré-contrato, as arras *declaram* a *esse* e asseguram o contrato posterior. Por aí é fácil ver-se que a expressão —confirmatória‖, ou —declaratória‖, somente

é aceitável com essa explicação. Herdou-se na expressão —arra. confirmatoria‖ a alusão ao pacto anterior *nudum:* quando os pactos se vestiram, *pacta vestita,* a declaratoriedade, ou confirmatoriedade, como sinônimo de alusivklade a contrato concluído, perdeu a sua propriedade porque o *pactum* passou a ser *contrato* (pré-contrato contrato é).

As arras também possuem *virtude probatória.* Provam que se prometeu, ou se concluiu contrato; cabendo ao outro contraente o ônus da prova de que se não prometeu contratar, ou de que se não concluiu o contrato (P.

OERTMANN, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 33~4□a ed., 221; FR. LEONHARD, *fie Reweislast,* 381; L.

ROSENEERG, Zur Lehre vom sog. qualifizierten Gestãndnisse, *Árchiv*

flir die civilistische Praxis, 94, 82).

Foi na Idade Média que as arras se tornaram meio de *reforça.mento formal* dos contratos; mas sob o influxo do direito romano apenas conservaram a fôrça probatória. A sua função de *rei orçamento material* foi o que ficou de mais vivo.

<c) As *arras penais* são concebidas para o caso de haver *inexecução* do contrato: têm a função de pena convencional. Aqui é preciso ater-se a distinção que é de toda a relevância: as arras para o caso de revogação (direito de arrependimento) de modo nenhum se confundem com as arras para o caso de inexecução do contrato. No Último caso, o contrato *continua:* tem de ser cumprido, e as arras ou são *penais,* isto é, foram prèviamente dadas para se ocorresse, no futuro, a infração, ou apenas como começo de paga.

2.PENALIDADE E PENITENCIALIDAnE. A *penalidade* e *penitencialidade* das arras são conceitos que também não se devem confundir; e vemos, aqui e ali, lamentâvelmente confundidos. As arras penitenciais *(arrha poenitentialis)* enfraquecem o contrato, ao invés de o fortalecerem; permitem o arrependimento. t o *Reugeld* alemão. A *arrha poenalis* é a pena conven-□cional contraída *re,* pelo não-cumprimento do contrato (E. SOEM, *Institutionem, 16!*" ed., 556), e de antemão.

§ 1.522. Natureza do art. 1.095 do Código Civil

1.REGRA DISPOSITIVA. ;Qual a natureza do art. 1.095, *verbis* —Podem, porém, as partes estipular o direito de se arre

pender, não obstante as arras dadas‖? Enquanto, no direito alemão, a regra é *interpretativa,* é *dis positiva* no direito brasileiro. O mesmo ocorre com a regra do art. 1.096, que é *ius dispositirum,* à diferença do *§* 337, alínea 13, do Código Civil alemão, que é *ins interpretativum,* aliás junto *à* 23 alínea, que é *dispositiva.* A 23 parte do art. 1.095, que diz —Em caso tal, se o arrependido fôr o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dôbro‖ édispositiva.

Os contraentes também podem convir em que, ainda no caso de se desfazer o contrato, as arras fiquem com quem as ecebeu; porém ai as leis sôbre usura podem incidir.

2. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Se o direito de arrependimento não foi criado, as arras não excluem a obrigação de cumprir o contrato, ou de prestar perdas e danos, se fôr o caso. As arras, de regra, não se dão para enfraquecer o contrato, e sim para fortalecê-lo: —arrhae non dantur infirmandae emptionis causa, sed confirmandae‖. Tal o direito de hoje, no Código Civil.

Se as arras se hão de considerar começo de pagamento, o direito de arrependimento seria um *plus,* importaria na restituição da prestação *Lumprida.* Haveria mais do que revogação; haveria resolução. À semelhança daquele direito de resolução de que cogita o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Se há começo de pagamento, e não há arras, propriamente ditas, não há arras a serem restituidas. A restituição do que *foi recebido,* em começo de pagamento, teria outra causa; *e.* g., condição ou termo resolutivo, exercício de direito de resolução, rescisão. —Fora desse caso‖, lê-se no Código Civil, art. 1.096, 23 parte; portanto quando as arras não foram começo de pagamento,

—devem ser restituidas, quando fôr concluído o contrato‖, ou se —desfizer‖ o contrato (a expressão merece

estudada).

3.PRÉ-CONTRATO OU CONTRATO EM QUE NÃO HOUVE

COMÉÇO

DE

PAGAMENTO. O direito de arrependimento ou *a)* supõe pré-

-contrato, promessa de concluir contrato, cuja conclusão pode ser afastada com o exercício desse direito

formativo gerador, perdidas as arras, ou, se o arrependido foi o que as recebeu, tor r

§ 1.524. DIREITO ANTERIOR E ARRAS —PAR5 PRETII‖ 251

nando-as em dôbro; ou lO contrato em que não houve começo de pagamento. Porque, tendo havido começo de pagamento, nenhum dos contraentes tem direito de se arrepender, pela contradição que se estabeleceria entre firmeza e infirmeza do

contrato. Não no tendo, ainda com a perda do sinal, não pode o contraente se *afastar* do contrato, o que deu arras, perdendo-as, e o que as recebeu, com o dôbro: —. .. se pecunia sit data, illa postea in pretium imputetur... Pecunia haec data est animo solvendi, contractum implendi, eaque intentione ut cedat in defalcationem pretii‖, como se lia, após tantos outros, em nota de P. MÚLLER a O. A. STRUVE. —Additae illae in contractus confirmationem‖, insistia 5. STRYK, —et sic non debent operari eius destructionem‖.

§ 1.528. Arras e começo de pagamento

1.O CÓDIGO CIVIL, ART. 1.096. No art. 1.096, o Código Civil estatuíu: —Salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento. Fora êsse caso, devem ser restituidas, quando o contrato fôr concluído ou ficar desfeito‖. Se as arras são em dinheiro e se têm como início de pagamento, não se devem restituir quando concluído o contrato prometido, que excepcionalmente teve tão antecipada *sotutio.* Se o contrato foi julgado nulo, ou anulado, sem ter havido começo de pagamento, também se restituem. Se foram começo de pagamento, imputam-se no adimplemento ou nas perdas e da‘ios, ou se restituem conforme os princípios que rejam o caso.

OCódigo Civil não estatuíu que se presumissem começo de pagamento as arras consistentes em coisa que não seja dinheiro, porque, de regra, a coisa, que não é pecúnia, sendo dada em arras, não se presume em começo de pagamento. Tratando-se de coisa que é parte da prestação do contrato, não se deve pensar em *arras,* mas em *começo de*

pagamento, e êsse enunciado nada tem, como Veremos, com o do art. 1.096, j~a parte.

CLóvís BEvIIJÁQUA (IV, 268) exprobrou a insuficiência da regra, que só se referiu às arras *em dinheiro;* porém, tal como está, a lei corresponde a pensamento tradicional e defensável: denºa os outros casos à *interpretação* do negócio jurídico. É regra dispositiva que as arras em dinheiro se têm como co-

mêço de pagamento; mas há começo de pagamento *sem arras* (Côrte de Apelação de São Paulo, 19 de setembro de 1934, *R. dos T., 94,* 553), o que nada tem com o art, 1.096.

2.CRITICA CONTRÁRIA À TRADIÇÃO. Já as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 2, *§§* 1 e 3) se referiam a

—certo *dinheiro* em sinal por segurança da compra~~ e —certo *dinheiro* em parte de paga ou em sinal de paga‖. A tradição do nosso direito era essa. A critica de CLóvís BEVILÁQUA não levou em conta o passado, os milénios de tradição jurídica, que somente atendia, na presunção, ao caso da *pecunia numerata.* Mais ainda: a que, desde as velhas leis (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 86, *§* 3: —como algutis costumam de fazer‖) se aludia a costume *não-uniforme* (—algufls‖) de se dar sinal em dinheiro como *pars prei ii,* sem se edictar regra jurídica quer dispositiva quer interpretativa.

3. LINHA HISTÓRICA. Aqui, é de toda a conveniência rediscutir-se o direito positivo anterior ao Código Civil, para se retomar a linha histórica e se entender melhor o Código Civil, art. 1.096. Três hipóteses: a) As arras em dinheiro presumem-se somente arras, como as arras em outras coisas.

b) As arras em dinheiro têm-se, na dúvida, como arras e *começo de pagamento.* Regra interpretativa.

c)As arras em dinheiro são arras e *coinêço de paga mento,* salvo estipulação em contrário. Regra dispositiva.

§ 1.524. Direito anterior e arras —pars pretil‖

1.AS nfls SOLUÇÕES EM LUTA: MANUEL GONÇALVES DA SILVA CONTRA AS ANTERIORES.

FRANCISCO DE CALDAS E PEDRO BARROSA. j.As arras, em dinheiro, perante o direito reinicola, presumiam-se, na dúvida, parte do preço?

Negativamente, MANUEL GONÇALvES DA SILVA *(Commerttaria,* IV, 21: —. . . de jure Regio in dubio videntur datae (arrhae) nomine arrharum, et non in partem pretii; nisi expressi dicatur quod in partem pretii dantur‖).

Inspirou-se êle em GREGÓRIO LÓnz (Partida 5, Titulo 5, *L.* 7, Glosa 2) e em G. HERMOSUSÃ (idem, n. 2).

Porém outra era a opinião de PANTALEÃO DE ARAÚJo NETO E GUERRA *(Commentaria ad Ordirwstiones,* 201), que o aprendeu em FRANCISCO DE CÀ.LDAS *(Ánal$icus Commentarius sive ad Tupum Instrumenti Emptionis et Venditionis Tractatus,* c. 19, n. 39: —. . . In dubio vero, quando non constat an in partem pretu fuerit arrha data, praesumptio est pro pretio fuisse constitutam... Proposita quaestio versatur circa ambiguum quando non constat quo nomine pecunia ruerit data; ut tunc in dubio potius iudicandum sit pretii nomine arrham datam fuisse, ut actus sustineatur firmiorque contractus reddatur‖). Note-se que FRANCISCO DE CALDAS fazia *regra interpretativa,* e não *dispositiva,* a de se terem as arras como início de pagamento.

A esteira fôra aberta, antes dele, por PEDRO BARROSA, no comentário *à L.* 23, *in fine,* D., *soluto matrimonio,* 24, 3 n. 38: (—Et tenebis mente quod ubi emptor quid dat venditori, semper videtur dedisse nomine pretii debiti, non vero nomine arrhae‖). Regra dispositiva.

Porém isso só se entendia *si consistat in pecunia numerata.* Assim, BALDO DE UBALDIS, 5. STRYK, O. A.

STRUVE, B. ALTIMARO e os outros.

2.RESPOSTA A MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA. A opiniãe verdadeira era a primeira e não a de PEDRO

BARROSA (regra dispositiva), ou a de FRANCISCO DE CALDAS (regra

interpretativa). Porque as Ordenações Filipinas, como as anteriores, falaram de —alguns‖ costumarem fazer —em sinal e paga‖, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Fascículo de Dissertações,* II, 42) tirou que, se êsse era —o costume, que a lei já supôe haver desde o seu tempo, nessa dúvida mesma sempre ~e subentende que as partes se conformaram com êsse costume, quando não fizeram outra expressão‖. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA tomou *costume* repetição de negócios jurídicos, como, hoje, os —usos e costumes‖ do Código de Processo Civil, afts. 259-262, por *uso* ou *costume* regra jurídica, norma de direito consuetudínário ou costumeiro. Citou êle a ALVARO VALASCO. O jurista do século XVI referia-se aos costumes nos contratos de *locação,* nos quais se entende que as partes contrairam conforme é o costume *(Decisionum ac Consultationum,* .1, 172> e. invocou a regra *Iii locationibus consuetudo regionis*

attenxlitur, que não importava ao problema dos sinais na compra-e-venda.

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA também invocou a L. 84, D., *de diversis regulis juris antiqui,* 50, 17, onde se diz que, —nas estipulaçÕes e nos demais contratos‖, —se não aparece o que se tratou, será conseqUente que nos atenhamos ao que, na região em que se praticou o ato, é mais freqUente‖. Mas 1) essa regra *seria regra de interpretação dos negócios juridicos,* não *regra dispositiva,* e o costume, a que se refere, é a *repetição de atos*> e não valeria onde houvesse diversidade *(verbis* —si neque regionis mos appareat, quia varius fuit‖). As Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título, 36, *§* 3), reproduzidas pelas outras, falou de —alguús costumaô de fazer‖. Alguns!

Outro texto romano, que trouxe à balha, foi a L. 31, *§* 20, D., *de aedilicio edicto,* 21, 1. Esse *§* 20 disse: —Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi pesse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire‖. Em vernáculo: —Como *é* freqUente a estipulação do duplo, por isso foi determinado que a ação de compra pudesse ser exercida se o vendedor do escravo não desse caução do duplo; porque o que é de uso e costume deve vir aos juízos de boa fé‖. O texto de modo nenhum servia à tese. Criou-se, apenas, extensão à ação de compra; a parte final somente contém a

—justificação‖, como hoje diríamos, da nova regra. Havendo a caução, não se precisaria da ação; não na havendo, dela se cogitou.

3.O VALOR DAS TRÊS OPINIÕES. *De lege lata,* a opinião de MANUEL GONÇALVES DA SILVA era a certa; *de lege fcyen4a,* era e é certa a de PEDRO BARBOSA, que é a do Código Civil, ou a de FRANCISCO DE

CALDAS, que salvo a restrição à *pecunia numerata* passou ao Código Civil alemão, *§* 387. Aliás, FRANCISCO

DE CALDAS fôra um dos velhos escritores portuguêses mais lidos pelos juristas alemães. Assim: *Nenhuma regra juridica~ Regra interpretativaRegra*

diepo8itiva

MANUEL GONÇALVES DA‘FRANCI5Co DE CALDAS‘PEDRO BÃnosÂ

SILVA (interpretação das Código Civil alemão, Código Civil brasileiro, Ordenações Afonsinas, § 837.art. 1.096.

Manuelinas e Filipinas).

T

§ 1.526. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.097

255

§ 1.525. Arras no pré-contrato

1.PROMESSAS DE COMPRA-E-VENDA DE PRÉDIOS. Na

compra-e-venda de prédios terreno ou terrenos construídos, terrenos loteados ou não-loteados as arras são permitidas. Também o são nas promessas de compra-e-venda em qualquer dos casos referidos. Com isso, o contraente ou os contraentes querem *fortalecer* a relação jurídica, pré-contratual, ou contratual, —non infirmare, sed firmare potius, magisque munire negotium‖. A penitencialidade não se presume. Mas pode intervir se os contraentes convencionam o direito de arrependimento conforme o art. 1.095 do Código Civil. Nos pré-contratos de lotes ou regidos pelo Decreto-lei n. 58, art. 22, é preciso que o direito de arrependimento não disfarce alguma infração à lei. A pena convencional ou as arras podem reforçar os direitos do promitente comprador de lotes inscritos (Decreto-lei n. 58, art. 12>,

ou segundo o art. 22, no caso da *resolução* por falta da —legitimidade‘> ou

—validade do titulo de domínio>‘; não, porém, enfraquecê-los. Nem o art. 16 do Decreto-lei n. 58 pode ser pôsto de lado pelo pacto de arras. A função de restringir a indenização de perdas e danos pelo vendedor, as arras não a podem ter nas promessas de compra-

-e-venda regidas pelo Decreto-lei n. 58.

2. ARRAS EM DINHEIRO. As arras em dinheiro, ainda nos pré-contratos, têm-se, salvo estipulação em contrário, como início de pagamento. Há começo de execução do contrato; portanto, não há arrependimento possível. Se o texto diz que não se trata de começo de pagamento, então há apenas arras e talvez mesmo não se tenha ainda promessa de compra-e-venda, mas promessa de concluir promessa de compra-e-venda. ExempIo: A encontra-se em Nova lorque com B, que loteou terrenos, porém E não sabe quais os terrenos ainda não prometidos; recebe x de A, para sinal de promessa de que, chegando ambos à cidade do Rio de Janeiro, E assinará a promessa de compra-e-venda do terreno de escolha de A, se algum estiver por se vender.

Na jurisprudência o art. 1.097 teve de ser aplicado. A impossibilitação, culposa ou não, da prestação que é a conclusão do contrato leva à restituição do sinal (art. 1.096k

2,~ parte) e à indenização do desfrute do prédio, se já se havia recebido (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de agôsto de 1931, *E. dos T.,* 84, 448); se a inipossibilitaçfto foi por culpa do comprador> que deu as arras, perde-as êle. Não há torna em dôbro em caso de impossibilitftçãO, porque isso somente cabe em se tratando do exercício do direito de arrependimento, de modo aue foi injusta a decisão da COrte de Apelaeão do Distrito Federal, a 20 de dezembro de 1928 *(E. de D., 94,* 325), que mandou tornar-se em dObro o sinal recebido por vendedor que adquirira nulamente de outrem. (A compra-e-venda de que se tratava era apenas ineficaz e resolúvel segundo o art.

1.092, parágrafo único).

Odireito de arrependimento exclui as perdas e danos resultantes do arrepender-se. A torna é do dObro do sinal > pelo vendedor; a restituição é do que foi recebido, e as perdas e danos somente podem ser as que provierelfl da guarda da coisa ou _1o preço. Alguús acórdãos falam da torna com os juros (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 6 de agOsto de 1918, 12

-de junho de 1928; Tribunal de Justiça de São Paulo > 27 de março de 1927, 7 de abril e 8 de maio de 1928 > 1 de abril de 1931; Tribunal da Relação de Minas Gerais, 17 de março de

1928). Trata-se de exercício de direito de arrepender-Se, de modo que os juros sêmênte são devidos a partir do momento em que se tenham de entregar, em dObro, as arras penitenciais.

§ 1.526. Código Civil, art. 1.097

1.ARRAS pENAIS. L4-se no art. 1.097 do Código Civil:

—Se o que deu arras der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato > perdê-las-á em benefício do outro‖. A impossibilitação da prestação importa responsabilidade do causadoil se foi êle o que dera as arras, perde-as, *(arrhn* poe *naZis).* A regra do art. 1.097 é *dis positiva:* os contraentes podem estipular que as duplique o dador culpado, ou que, prestadas em objeto, lhe seja facultado remi-lo por dinheiro.

2.REGRA DISPOSITIVA OU INTERPRETATIVA, NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E NO ALEMIO.

REsOLUÇÃO DO CONTRATO. RESCISXO POR VÍCIOS REDIBITÓRIOS. ONUS DA PROVA. (a) Se o que deu arras é responsável pela impossibilidade da prestação1

ou foi causa da resolução ou rescisão do contrato, perdê-las-áem beneficio do que as recebeu (Código Civil, art.

1.097). O art. 1.097 é dispositivo, como as regras anteriores (arts. 1.095 e 1.096) são *dispositivas.* No direito civil

alemão *(§* 338), éinterpretativo; e é de crer-se que assim o houvesse concebido _I‘ENºEIRA DE

FREXTAS, no *Esbôço,* art. 1.912, 49.

(14 Se o que recebeu arras deu causa A impossibilidade da prestação, ou à resolução

do

contrato,

responde por perdas e danos (Código Civil, art. 1.056> e restitui as arras recebidas (art. 1.096, 2.a

parte).

(c) A rescisão por vícios redibitórios está compreendida no art. 1.097

(explícito,

1?.

OERTMANN, *Recht der SchuldverMltntsse,* 222).

(d) Ao que deu arras e pede a restituição cabe o Onus de provar que o contrato foi resolvido, ou

rescindido, ou a prestação se tornou impossível, sem culpa sua (FE.

LEONHARD, *Beweislftst,*

381).

No direito do Código Civil alemão > *§* 838, 2,a parte, há regra explícita sObre

o

pedido

de

indenização por inexecução do contrato: *em caso de dúvida,* - decide-se que

as arras são imputáveis

nas perdas e danos, ou, se não é isso possível, que se restituirão quando se der o pagamento das perdas e danos.

Jemos nós essa regra? As arras imputam-se no preço se o contrato se cumpre; ou se restituem (Código Civil, art.

1.096, 2a parte>, se não eram começo de pagamento. *Se o contrato* ═udo *se cumpre* e tal é a hipótese da questão, nem sempre seria justo <A) que se reputassem as arras *substituto* das perdas e danos; daí afastar-se isso como solução. Restam as duas outras: (B) imputarem-se nas perdas e danos; ou (C) não se imputarem, cabendo a pena *e* as perdas e danos. As regras (A), (18) e (O) poderiam ser dispositivas ou interpretativas. O Código Civil alemão, *§*

338, acolheu a regra (B), com o caTáter interpretativo, sob a atenuação exigida pela imputação impossível. O

Código Civil brasileiro, art. 918, possui regra de alternativa para a cláusula penal se relativa ao total inadimplemento da obrigação. No art. 916 cogitou da cláusula penal em caso de mora. Nenhuma dessas regras é invocável. O art. 1.097 não exclui as perdas e danos, salvo se outra coisa diz o contrato: a solução é, pois, a solução (CII, com o caráter

dispositivo. As arras são, ai, penais. A *penalidade presume-se* coexistir, ao passo que a *penitencialidade* não se presume coexistir com as perdas e danos. A *arrha poenitentiolis* protege o devedor; a *arrha poeno2is* protege o credor.

(e)Se o que recebeu arras deu causa à resoluÇÃO, restitui as arras <Código Civil, art. 1.092, parágrafo único) e restaura-se o estado anterior.

§ 1.527. Regras jurídicas sObre as arras

1.EXPLICITAÇÕES. (a> Objeto das arras pode ser qualquer um, não só dinheiro. De regra, a transferência corppral é que se realiza; em todo caso, cabem também a *traditio brevi mei-nu,* a *longa manu* e o constituto pessessório (H. DmtNBURO, *Das lihirgerliche Recht,* II> 1.8 parte, 264, nota 9).

(b)O contraente que recebe as arras adquire-lhes a propriedade: a ação para que as restitua é, porém, somente *obrigacional* (P. OERTMANN, *Eecht der Schuldverhiiltnisse,* 221).

(c) A restituição das arras, nos casos do art. 1.096 (—quando o contrato fOr concluído‖, ou —ficar desfeito‖>, rege-se pelas normas concernentes à execução das obrigações, e não pelos princípios do enriquecimento injustificado (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* j, 2Y Parte, 103, nota 2).

(d) Por —desfeito‖ entende-se o contrato quando *a)* distratado, *b)* julgado nulo ou anulado, e) ou sem causa, ou atingido pela ação de enriquecimento injustificado.

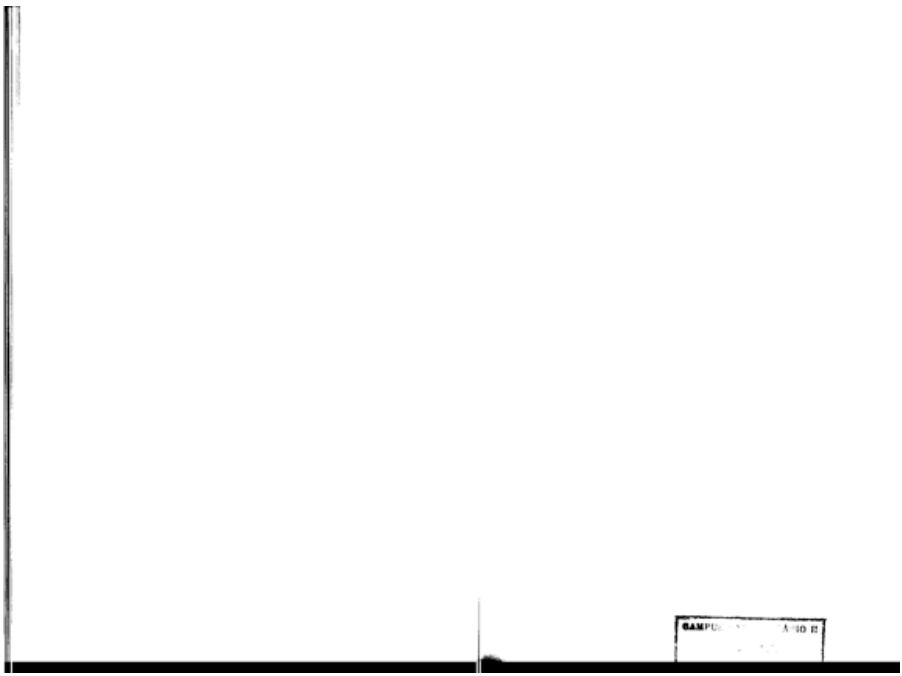
(e) Se o que tem de restituir alega que não recebeu o que se reclama, ou não recebeu como se reclama, corre-lhe o ônus da prova (O. WARNEYER, *Kommentar* > 1, 608; sem razão, FR. LEONHARD, *Die Reweistast,* 381).

(f) Se o pré-contraente, ou o contraente, propõe ação para haver a restituição das arras, ou com fundamento no art.

1.095 <arras penitenciais; COrte de Apelação do Distrito Federal, 10 de abril e 7 de outubro de 1915), ou com fundamento no art. 1.096, tem de provar, ali, o arrependimento do réu, aqui > a conclusão do contrato prometido, ou a sua resoluÇÃO, ou rescisão. A restituição dá-se em caso de resolução; ou de rescisão, se há culpa do que as recebeu (art. 1.097). Sempre que há aplicação do art; 1.092, parágrafo único <direito de resolução), as arras em dinheiro computam-se nas perdas e danos.

2. CASO JULGADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃo PAULO, A 8 DE FEVEREIRO DE 1928. O

Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de fevereiro de 1928, teve de julgar caso digno de toda a atenção: tratava-se



de pré-contrato; foi resolvido o contrato *(prometido* e depois *concluido),* sem culpa dos contraentes; o que recebeu arras teve de restitui-las *(R. dos T.,* 65, 405). Aliás, deveria tê-las restituído quando se concluiu o contrato prometido (Código Civil, art. 1.096, verbis —quando o contrato fôr concluído‖), salvo se eram começo de pagamento do futuro contrato, porque então a restituição seria por fôrça da resolução.

A vida encarrega-se de pôr à prova os princípios. Se os juizes não conhecem os princípios, não podem saber se e quando incidiram. Por isso mesmo, não estão aptos a *aplicá-los.* Mal os aplicando, os resultados são *injustos:* porque > primeiro, os princípios foram produtos de adaptação do homem à vida em comum, revelados pela inteligência; segundo, esses principips passaram pela crítica de muitas gerações e > depois, pela crítica histérica e científica, quando se formou; terceiro, sem incidirem quando e onde devem, esses princípios provocam injustiças (injustiças na interpretação) ; quarto, não é possível julgar bem quem não sabe direito: o que a lei prometeu foi a incidência e aplicação de princípios, e não o que parece justo

a certos indivíduos.

Parte XII.

Compra-e-venda a prazo

CÂPÍTUtO 1

COMPRA-E-VENDA DE PRÉDIOS

§ 1.528. Compra-e-venda

1.NEGÓCIO JURÍDICO OBRIGACIONAL. A compra-e-veflda, como a promessa de compra-e-venda, é negócio jurídico *obrigacioi*"*wl* e os seus efeitos imediatos são puramente *obrigaetostais.* Não importa se o contrato se conclui com a entrega imediata, ou simultânea, da coisa, ainda que seja hasta pública no local, com a tradição das chaves e do bem imóvel, ou, sendo móvel o objeto, mediante aparelho automático. Naturalmente, os menos afeitos aos princípios jurídicos vêem na compra-e-

-venda manual ou real prestação recíproca, que exclui, no tempo, qualquer obrigação. Porém tal construção seria artificial. As obrigações persistem a despeito desse acidente da simultaneidade das prestações, combinado com a simultaneidade da conclusão do contrato e do fato da tradição.

Na Parte XII, que aqui se inicia, nada temos a falar de *ysrd-contrato,* ou de contrato que outro fêz objeto de obrigação, nem de *oferta de contrato.* Todos esses assuntos já foram tratados. Apenas nos interessa,

desde agora, a categoria jurídica, restrita, da *compra-e-venda de prédios a prazo.*

2.EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. Podem ser vendidos direitos que pertencem ao vendedor e direitos alheios. Dai *existir* e *valer* a compra-e-venda de coisa móvel ou de prédio que não pertence ao vendedor; de modo que, se A vende a B o terreno com a casa, sem que Esse terreno e prédio lhe pertençam, a venda *existiu* e *vale,* apenas sendo *ineficaz:* se

r

§ 1.529. COMPRA-E-VENDA À VISTA

A os adquire depois, tem de prestá-los, ou, se não os adquiriu, tem de indenizar. Já fizemos, nos tomos anteriores e nesse, aplicação desses princípios. Nunca nos parece, todavia, supérfluo insistir: a *ineficácia* não se confunde com a *nulidade,* nem com a *ine±istência.* CUNHA GONÇALVES *(Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português,* VIII, 464), por exemplo, baralhou os conceitos de modo lamentável. No Código Civil português, diz o art. 1.599: —Podem vender todas as pessoas, que não são legalmente inibidas de dispor de seus bens, ou seja em razão do seu estado ou da natureza das coisas‖. Olhos de técnico logo viriam aí *regra sObre capacidade* e *regra sObre disponibilidade objetiva* (restrições de poder, como as cláusulas de inalienabilidade, as inalienabilizações objetivas rela~tivas, etc.). O escritor português escreveu êsse inacreditável enunciado: —. . . a principal capacidade exigível ao vendedor é a de ser *dono da coisa a* vender‖, ló manes de ÁLVARO VÂL&sco, de FRANCIscO DE CALDAS e de MELO FREIRE! Diante do art. 1.555 do Código Civil português que disse

—Ninguém pode vender senão o que fôr propriedade sua, ou a que tenha direito; e se vender coisa que pertença a outrem será o contrato nulo‖, mas —revalidado‖ ficará pela aquisição poste~1or (parágrafo único), insistiu CUNHA GONÇALVES em que se trata de regra de capacidade. —O poder de alienar é um requisito das pessoas e não dos objetos‖, diz êle. Mas isso é fazer tábua rasa das *restrições* objetivas de poder e das próprias *limita,. ções.* Aliás, em tOda a obra do escritor português ressalta a falta de terminologia precisa e de conhecimento da —Parte Geral do Direito Civil‖, estudada em livros científicos. A sua —Parte Geral‖ é a de MARCEL PLANIOL ou de PÂÇIPICI

-MÃZzONI, que muito cita.

8.VENDA DO PRÉDIO JÁ PERTENCENTE AO COMPRADOR. Se o prédio, que foi vendido, *já* pertencia ao comprador, compra-e-venda *existiu,* porém *não vale.* No direito romano, de onde nos vem a regra, a L. 16, pr., D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, enunciava, em termos peremptórios: *Suas rei emptio non valet, sive sciens sive igrtorarts emi.* Não assim, se condicional a compra-e-venda (L. 61), ou se em verdade se comprou a pesse *(emptio pessessionis,* cf. L. 34, *§ 4).*

4

265

4.VENDA DE PRÉDIO FUTURO. O prédio *futuro* pode ser objeto de compra-e-venda. Assim, *existe* e *vale* a compra-e-

-venda do terreno que vai surgir com o atérro ou do terreno e *casa* que se vai construir. Aqui, é relevante distinguir se o preço se tem de pagar: *a)* desde logo, caso em que se compra o terreno *mau* a casa futura; ou *b)* somente quando se construir a casa (compra-e-venda condicional); ou e) a prestações. Nos casos *a)* e *c),* o vendedor é obrigado a promover e ultimar a construção. No caso *b),* o negócio jurídico rege-se pelos princípios relativos à compra-e-venda condicional, porém, quanto a bens imóveis, a condição à *transmissão,* somente pode ser resolutiva. Todavia, é possivel a *conversão:* tem-se o contrato como *contrato de opção.*

5.PREÇO. O preço tem de ser em *dinheiro.* Se não éem dinheiro, compra-e-venda não há, mas *troca.* Não é de afas-. tar-se (já o vimos) a possibilidade de combinação de duas compras-e-vendas; *e. g.,* uma do prédio e outra dos materiais, se o comprador do prédio (apartamento) é o fornecedor de materiais para as obras do edifício de apartamentos.

~1.529. Compra-e-venda à vista

1.SIMULTANEIDADE E NÃO-SIMULTANEIDADE. Na ordinariedade dos casos, prédio e preço são prestados simultáneamente. Raro, o prédio é entregue antes do contrato, salvo se há pré-contrato. Menos raros são os contratos de compra-e-.

-venda a prazo, em que se protrai a prestação do prédio (contrato de

compra-e-venda *praenurnerando)* ou o preço (compra-e-venda a crédito). Algumas vOzes, ambas as prestações sujeitam-se a prazo.

2.CONCLUSXO DO CONTRATO. Desde que se dá a conformidade das declarações de vontade, isto é, que os dois figurante se põem de acOrdo com o *conteúdo do contrato,* a compra-

-e--venda perfaz-se, conclui-se. Em todo caso, quanto aos prédios, há, como *plus,* os pressupostos formais.

3.CONTRATO SINALAGMÁTICO. O cofitrato de compra-

-e-venda de prédios submete-se às regras gerais sObre os contratos sinalagmáticos. Se nada se *dispôs* sObre ser à vista ou

a prazo o contrato, entende-se que os contraentes têm de prestar *simuttânea.mente.* Nenhum pode exigir a prestação do outro sem prestar o que contratualmente lhe incumbe.

4.OBRIOAÇÕES. O vendedor é obrigado a prestar ao comprador a *propriedade* do prédio. O contrato, só por si, não transfere o bem imóvel. Também lhe cabe entregar a *pesse imediata* corporal, bastando, ainda assim, o *constitutum pessessorium.* As pertenças hão de ser prestadas com o prédio. Porém êsse enunciado tem apenas caráter interpretativo *(jus znterpretativum),* isto é, para o caso de dúvida.

O comprador tem de pagar o preço. Tem, outrossim, a obrigação de receber a coisa, o que mais prôpriamente se exprimiria pela *obrigação de liberar dela o vendedor.* tsse tem a pretensão a se ver livre da coisa. Razão por que, se o comprador se recusa a recebê-la, incorre em *mora accipiendi,* porém não *debitoris,* se não se —obrigou‖ a receber. Não há, as-sim, entre as conseqflências da mora, a de se forçar o comprador a ficar com a coisa. No terreno do direito público, pode a *lei* (ConstituIção de 1946, art. 141, *§* 29) dar sanções; porém, no terreno do direito privado e do direito processual Vigente, não há, segundo a tradição jurídica, a execução forçada do *dever de receber.* As sanções são diferentes. Em todo caso, a consignação da coisa tem a eficácia de liberar da coisa o vendedor. Veja *§* 1.497.

§ 1.530. Compra-e-venda a prazo

1.PURA E CONDICIONAL OU A TERMO. A compra-e-venda a prazo, por si só, é compra-e-venda *pura.* A condição pode intervir, porém não depende de ser a prazo, ou não no ser, a compra-e-venda. A compra-e-venda a prazo pode ser a termo, ou sob condição. Na compra-e-venda, em que se recebe o preço todo e só se tem de entregar a coisa depois, não há termo ao contrato, mas prazo à entrega da coisa. Na em que se recebe a coisa e só se tem de pagar o preço mais tarde, não há Termo ao contrato, porém prazo à solução da obrigação do comprador.

A condição suspensiva, nos negócios de compra-e-venda > oferece problemas delicados, porém, a propósito de prédios, tal condição só está afastada quanto à *transmissão.*

2.PRESTAÇÕES A PRAZO. A compra-e-venda com as duas prestações a prazo (coisa e preço) não se fiz, só por isso, a termo, ou condicional. Se é compra-e-venda pura, cada contraente tem de satisfazer aquela prestação que lhe incumbe. O contrato. está concluído. Por isso mesmo, o que pode acontecer é *resolução (e.* o., Código Civil, art. 1.092, parágrafo único). Desde que ocorram os pressupostos,. cada contraente pode exercer o seu direito de resolução.

3.PRAZO NÃO É TERMO. A convenção das partes sôbre o prazo ou dia em que a prestação deve ser feita somente concerne à *execução* da prestação. No dia *certus an,* ou *intertus quando,* o crédito é exigível; *e.* g., a entrega do prédio ou do preço. O prazo pode ser ligado ao nascimento da pretensão; é o —termo‖, no sentido em que se fala de condição. Porém, se, de regra, a condição concerne à formação da pretensão e da obrigação, e só excepcionalmente à exigibilidade, o termo, de regra, concerne à exigibilidade, e não à formação.

Não se permitem, no direito brasileiro, condições ou termos suspensivos quanto à transmissão de imóveis, mas isso não exclui prazos suspensivos e condições suspensivas para a entrega da coisa. O direito de propriedade é que não pode ser atingido pela suspensão: quem transmite a coisa tem de transmiti-la puramente, a termo ou sob condição resolutiva; não porém suspensivamente.

4.DENÚNCIA. Se os contraentes dizem que o prédio será entregue quando o comprador reclamar, há estipulação de denúncia, que é exercício de direito formativo só referente à exigibilidade. *(Denúncia,* aí, está num dos seus dois sentidos, que são denúncia-resilição e denúncia-exigência. Esse, que é o sentido aqui empregado, somente se distingue do outro quanto ao efeito. O instituto é o mesmo.)

§ 1.531. Tempo da prestação

1.PRINCÍPIO INTERPRETATIVO. É usual formar-se o tempo da entrega. Se não se fnºou, entende-se à. *vista* o negócio jurídico. O ônus da prova de que não é à vista incumbe ao devedor, porque, se existe o *principio interpretativo* de que tais negócios se hão de entender, na dúvida, de execução simultânea, não se compreenderia que o ônus da prova coubesse ao credor: a contradição ressaltaria. Ou o principio existe, ou não existe. A despeito, porém, da clareza dos argumentos, L. ENNECCERUS *(RechtgescMft,* 215 s.) sustentou ser *ônus do credor,* no que foi seguido por *Fa.* LEONRARD *(Die Beweislast,* 303). Certo, A. VON TUER *(Der Aligemeine TeU,* II, 832) e H.

LEHMANN *(Lelvrbuch,* II, S1Y-as.a ed., 86)

2.FIXAÇÃO NO PRAZO. A fixação do prazo somente ex-prime que antes do prazo o comprador não pode pedir a coisa (ou o vendedor o preço). Isso não quer dizer que o devedor não possa prestá-lo antes. *Dies adiectionis pro reo est, nou pro stipulatore.* Casos há porém em que a fixação do prazo foi no interêsse do credor. Então, não pode prestar, antecipadamente. o devedor. Essa cláusula, válida nas compras-e-vendas a prestações, não no é nas promessas de compra-e-venda (pré-contratos) de terrenos, construídos ou não (Decreto-lei n. 58, art. 15)

~1.532. Perda e impossibilidade da prestação

1.PERDA E TEMPO DA PERDA. Se o prédio se *perde,* sem culpa do devedor, antes de ser entregue, resolve-se a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultou de culpa dó devedor, responde Me pelo equivalente, mais as perdas e danos (Código Civil, art. 865>. Se a perda não foi total, ou há, apenas, deterioração, ruína ou dano, *pode* o credor *resolver* a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu (art. 866).

No art. 145, II, o Código Civil considerou *nulo* o negócio jurídico cujo objeto é impossível, devendo entender-se a impossibilidade ao tempo do negócio e depois continuada. Nos arfa. 865 e 866, a impossibilidade, de que se trata, é a *superveniente.* Ao negócio, cujo objeto foi, de inicio, impossível, a lei reconhece *existência,* porém não *validade.* Ao que teve objeto possível, que se tornou impossível, hão-se de atribuir *existência* e *validade;* porém a superveniência da

impossibilidade produz a sua resolução. Já aqui não cabe o *Impossibilium nuila obligatio est* (L.

185, D., *de diversis regulis iuris* mi *tiqut,* 50, 17 > .

Se foi impossível, desde a conclusão do contrato, a prestação. há *nulidade.* Se sobrevei o a impossibilidade, ou incide o art. 865, ou o art. 866. Em todo caso, cumpre observar-se que, se a prestação deve ser satisfeita *depois* da conclusão do contrato, é a êsse momento posterior, e não ao dia do contrato, que se há de indagar da possibilidade ou impossibilidade da prestação. Então, se o contrato se fêz ao ser impossível, àquele tempo, a prestação, porém, mais tarde, ao momento de *dever* ser feita, se tornou possível, o contrato *vale.* O mesmo raciocínio tem-se de fazer a respeito dos contratos condicionais suspensívos.

2.IMPOSSIBILIDAD SUPERVENIENTE. A impossibilidade superveniente à data em que se há de apreciar a possibilidade da prestação rege-se por outros princípios. A solução para o problema da subsequência da impossibilidade tem de atender *à culpa.* Se ambos os contraentes são inocentes, o contrato *extingue-se,* O Código Civil, art. 865, emprega, ai, o termo —resolvida‖. Está claro que não se trata de *direito de resolução,* que é o direito a declarar que o contrato, ainda se válido e eficaz, deve ser considerado como não-concluído. No art. 866, há direito de resolução. No art. 865, haveria resolução *ipso jure.* TENºEIRA DE FREIrAs *(EsbOço,* art. 903, 1.0) assim o entendeu e seguiu-o o Código Civil argentino, art. 578, porém VELex SARSFIELD riséou o —resolvida‖ e pôs —disuelta‖. O legislador espanhol vira na espécie superveniência de *ineficácia* (Código Civil espanhol, art.

1.460: .... . quedará sin efecto eI contrato‖).

O Código Civil francês, art. 1.302, já dizia que a obrigação fica —extinta‖ (—est éteinte‖). O menos feliz foi, dir-se-

á, o Código Civil brasileiro, devido a TENºEIRA DE FREITAS, tanto mais quanto o Código suíço das Obrigações, art. 119, alínea 1.8, preferiu dizer *extinta* a obrigação. Ora, extinta a obrigação, ficariam de pé as obrigações do outro contraente. Ou se há de construir a extinção (expressão ambígua) como ineficácia superveniente, ou como resolução *ex lege, ipso iure* ou não. Não se pode, por exemplo, denºar de reconhecer que o devedor continua, em certos casos, com o *dever de comunicar* ao credor a perda da prestação que lhe incumbia.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (7 de fevereiro de 1984, *R. dos T.,*

98, 455) feriu um dos pontos mais relevantes quando disse que, se o promitente vendedor não tem título hábil para cumprir, nem por isso se exime da sua obrigação de pagar ao promitente comprador. Quer dizer: a resolução é dependente da interpelação. Trata-se de aplicação do art. 1.092, parágrafo único. Porém o art. 1.092 pode ser invocado *desde logo* e servir de base ao pedido de interpelação do art. 1.092, parágrafo único, ou à comunicação da declaração de vontade ao devedor.

Em caso de impossibilidade superveniente, tendo havido começo de pagamento, a Côrte de Apelação de São Paulo (10 de abril de 1935, *E. dos T.,* 98, 455) julgou que o vendedor só seria obrigado a restituir o preço. Tinha-se de inquirir da causa da impossibilitação, se culpa do vendedor, ou não. Sem sua culpa, a solução seria *resolver-se* o contrato (Código Civil, art. 879) ; se culpado, responderia por perdas e danos. A resolução seria do sinal, se houvb, e do começo de pagamento (Côrte de Apelação do Distrito Federal, 6 de outubro de 1931, 13 e 27 de dezembro de 1982, *A. J.,* 25, 805). Não há resolução se não houve culpa: a ação própria é, então, a de perdas e danos. A impossibilidade da execução do contrato imputável acarreta a indenização: contrato, direitos oriundos dele e pretensões continuam de existir; apenas a ação é uma só:

a de perdas e danos,

A impossibilitação parcial, *e. g.,* a prestação se tornou parcialmente impossível, porque, sendo de terreno de trinta metros de frente, só se encontram vinte, ou, sendo de três apartamentos, só dois restam, produz responsabilidade do vendedor culpado por perdas e danos quanto à inexecução da parte, ou, se o comprador não tem interêsse na compra parcial, quanto à inexecução de toda a prestação. Aliás, a impossibilitação parcial pode não ser *quantitativa,* mas *qualitativa,* como se o loteador, desviando o rio, prejudicou o lote que teria uma das margens, ou se o incorporador de apartamentos mudou a situação do elevador, desvalorizando o apartamento vendido. De regra, recebe o que comprou, a despeito do defeito, e cobra perdas e danos pela defeituosidade da prestação; contudo, se afirma e prova que não há mais interêsse em comprar o que sofreu a mudança, ou com a mudança, pode recusar a prestação e cobrar indenização por inexecução total

É claro que o defeito tem de ser superveniente; se já existia por ocasião do contrato, não há de pensar-se em inexecução da obrigação: haveria *culpa in contrakendo.*

§ 1.533. Determinação do preço

1.DINHEIRO, PRESTAÇÃO DO COMPRADOR. Enquanto o objeto da *venda* pode ser qualquer coisa ou direito, a contra-prestação de *compra* há de ser em dinheiro, sem o que há troca ou permuta, e não compra-e-venda.

Negócio obrigacional, a eficácia do contrato, que é consensual, somente pode ser obrigacional. A própria comprae-venda manual, em que o elemento real parece intervir, tem resistido aos esforços dos juristas por transformá-la em contrato real, isto é, em duas *tradições* simultâneas, que se unam pela causa: não haveria *prévia* obrigação.

H. DEENBURG *(Pandelcten,* 73 ed. 254) e II. SIBER (Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, *Jherings Jahrbúcher,* 70, 250) pensaram nessa —realização‖ do contrato de compra-e-venda, essencializando o acidente da simultaneidade das prestações. Mas sem razão.

2.PARTICULARIDADES DO PREÇO. O pagamento tem de ser em dinheiro para que se trate de compra-evenda. Se a solução em moeda estrangeira é permitida, o contrato em que se estipule o pagamento emmoeda de outro pais é compra-e-venda, e não permuta; se não é permitida, a lei especial é que resolve quanto às consequências (inexistência, nulidade, ou ineficácia). Se o contrato é concebido com o preço em serviços ou obra, tem-se contrato inominado, misto, em que prevalece a locação de serviços, ou o contrato de trabalho, ou de empreitada, devendo-se atender à compra-e-venda em tudo que fôr concernente à alienação do terreno ou do terreno e edifício, ou do terreno e apartamento. Mas: *a)* o contrato é de compra-e-venda, junto (não misturado) a contrato de outra espécie (locação de serviços, trabalho, empreitada), se foi formado o preço podendo ser pago em prestação de serviços, trabalho, ou obra, ou se foi feita tarifa a esses serviços, trabalho, ou obra, com a cláusula de ser executável se não foram prestados Esses serviços, trabalho, ou obra; *b)* o contrato é de compra-e--venda, se há prestações *secundárias* ou de outra natureza, e. g. duzentos mil cruzeiros e a pintura do edifício de apartamentos (valor aproximado de duzentos mil cruzeiros *menos* x) ; e) o contrato é de compra-e-venda se há *dupla* compra-evenda, *e. g.,* —Vendo-lhe o terreno A pelo preço de z cruzeiros, por quanto lhe comprei os materiais fornecidos para a construção, dando-nos quitação recíproca‖.

3.FIXAÇÃO DO PREÇO. A fixação do preço pode ser denuada a arbítrio de terceiro (Código Civil, art. 1.123) a taxa do mercado (art. 1.124>, *e. g.,* à taxa da bôlsa de imóveis. Tendo os contraentes estipulado que um deles determinará o preço, *nulo* é o contrato (art. 1.125) ; portanto *existe,* pôsto que *nulo.* A execução não o valida (art.

150); supõe outro contrato.

§ 1.534. Condição e compra-e-venda

1.COMPRA-E-VENDA DE PRÉDIOS E CONDIÇÕES PERMITIDAS.

Em princípio, todas as condições são permitidas no contrato de compra-e-venda. A reserva de domínio, que é condição suspensiva, seria, *a priori,* de admitir-se. Porém, quanto aos bens imóveis a condição suspensiva é restringida, porque não se daria a transmissão da propriedade. Então, ocorre a separação do negócio econômico em dois negócios jurídicos sucessivos: o pré-contrato ou o contrato de compra-e-venda, que estudamos na Parte XI, e o acordo de transmissão. Tanto no caso de condição suspensiva quanto no de pré-contrato há direito expectativo, direito que, em toda condição suspensiva, depende da realização dessa, porém, no pré-contrato, é o que nasce do próprio contrato e tem de ser exigido para que se obtenha o que se espera. (No direito de opção, há mais: há direito formativo gerador; de modo que o titular dele não precisa da colaboração do outro contraente, nem da execução por êle.)

2. NÃo SE ADMITE A RESERVA DE DOMINO. Com a aquisição de imóveis, segundo o direito brasileiro, não se compadece a condição suspensiva. Tem-se a propriedade resolúvel, não se tem a *reserva de domínio da propriedade imóvel.* Ou se vende; ou se vende sob condição ou a termo, isto é, com pacto mexo; ou se vende a prazo, quer dizer com o preço em prestação posterior, ou com o preço em prestações.

3.VENDA DE BEM IMÓVEL A PRESTAÇÕES. A venda do bem imóvel a prestação ou a prestações não é venda condicional. Se há condição, ou é *plus* e êsse *pias* opera como elemento nôvo, que nada tem com a comprae-venda a prestações, que pode não ser condicional; ou, se o comprador denºa que trans-corra o prazo, resolve-se a compra-e-venda. A lei mesma foram dez dias, em que se tem o silêncio como declaração de vontade, na espécie do art. 1.163. Porém, se o vendedor concede prazo de espera para o pagamento do preço, entende-se que o

pediu e consentiu em esperar. A declaração de vontade pelo silêncio, que ocorreria no prazo, não ocorreu. Antes, Tomo XII, *§* 1.336.

4.DIREITO DE RESOLUÇÃO. Diziam as Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 57, *§* 2 (lei de D. Dinis) : —Diz o Direito que se algum homem vender a outro alguá cousa, quer movel, quer raiz, sob tal condiçom, que, se o comprador nom fezer a pagua átaa hum dia assinado, que a venda seja nenhuã. sea pagua nom fezer ata aquele dia, a venda será nenhul, segun-do a condiçom: mais se o vendedor, passado aquele, disser aocomprador, que lhe faça aquela paga, que lhe por aquela com-pra ouvera de fazer no dia já trespassado, entom a venda senom pode desfazer, se o comprador quiser; porque o vendedorlenºou o direito, que havia pola condiçom, per que podera desatar a venda, porque nom fez a paga, e a pedio, e a demandou a alem do dito dia‖. A lei de O. Dinis veio até às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título V, § 4, através das Ordenações Manuelinas,Livro IV, Título 37, *§* 3.

Continua, no direito de hoje, a permissão de tal cláusula de *direito de resolução,* porém perdeu um tanto da sua utilidade por existir o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, relativo aos contratos sinalagmáticos, um dos quais é a compra-e-venda.

5.A COMPRA-E-VENDA A PRAZO E O ART. 1.130 DO CÓDIGO CIVIL. Se a venda é a prestações, ou, ainda em termos mais paragrafo única, do Código Civil, ou o direito regrado no negócio jurídico~ se já ocorreu a exigibilidade da prestação e a entrega da coisa foi dependente da satisfação dela. Diz o art. 1.130 do Código Civil:

—Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é abrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço‖. Se a venda é a crédito e a coisa tinha de ser entregue *depois* de paga alguma prestação claro é que o vendedor pode *retê-la.*

À

CAPITULO II

COMPRA.E VENDA A PRAZO

§ 1.535. Promesa de compra-e-venda e compra-e-venda a prazo

DIFERENÇAS MATERIAIS E FORMAIS. O art. 22 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1981, estendera às promessas de compra-e-venda de imóveis não 1oteados, portanto de terrenos com ou sem constituição, cujo preço devesse ser pago a prazo, a formalidade do registro por *averbação à* margem das as aquisições anteriores,

—para os efeitos‖ do Decreto-lei n. sa. o Decreto nº. 4.851, art. 258 (Decreto n. 5,318, art. 1$), estabeleceu a exigências da inscrição *,* criando, e bem, a diferença entre a promessa de compra-e-Venda de lotes *inscritos* e a promessa de compra-e-venda *de terrenos*, construidos ou não, se não entram na classe dos Lotes bisaltos. Sôbre Esses terrenos construídos ou não, há apenas no registro. O pré-contrato faz a averbação no Livro n. 3. Cf. Lei n.

649, de 11 de março de 1949, art. 1º.

Pode parecer que a promessa de compra-e-venda em que se tivera desde Logo pago o preço (antecipação da execução contrato prometido) não poderia ser *inscrita* pois o art. 22 falava de pré-contratro de compra-e-venda de Imóveis não loteado cujo preço deva pagar a prazo, em uma ou mais prestações. A interpretação seria injusta porquê os direitos desse promissório, que se adiantou em pagar, são ainda mais ~ segundo o *principio da execução das prestações.* A lei entendeu que dificilmente ocorreria a total execução da obrigação do comprador sem a execução da obrigação do vendedor. Porém o Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, art. 22, foi mais explícito; e a Lei n. 649, art. 12, aludiu a preço pago em uma ou mais prestações.

2.COMPRA-E-VENDA DE LOTES OU DE TERRENOS NÃo-LOTEADOS, CONTRUÍDOS OU NÃO. As compras-e-vendas de terrenos, construídos ou não, escapam a qualquer regra da legislação especial sôbre lotes. Se houve inscrição do loteamento e o negócio jurídico é de compra-e-venda, e não de promessa de compra-e-venda, a eficácia da inscrição que foi a de juridicizar a loteação operou-se, porém nada tem a compra-e-venda com as formalidades interimárias da averbação, que somente concerne à promessa de compra-e-venda de lotes, ou da inscrição, que diz respeito às outras promessas de compra-e-venda. O lote, pela sua juridicização, separou-se dos outros lotes, com a divisão do terreno; a compra-e-venda dele, antes do loteamento ou da sua juridicização, chegaria *à* mesma eficácia de *dividir* e *independentizar,* se o proprietário, sem usar do Decreto-lei n. 58, desde logo vendesse a porção do terreno. Por onde se vê que, se o objeto da compra-e-venda

já estava no registro do loteamento, o valor dêssa fato é apenas de ordem técnica para a identificação do terreno vendido.

3.DIREITO Luso-BRASILEIRO. - A compra-e-venda a prazo teve, no direito luso-brasileiro, a sua configuração excelente-mente delineada desde cedo. O prazo pode ser para o comprador entregar a coisa, ou para o vendedor pagar o preço. São vulgares os negócios de compra-e-venda, a prazo, de apartamentos em construção, ou de apartamentos apenas planejados (compra-e-venda de terreno + parte integrante futura), e neles havemos de entender que a propriedade da parte ideal do terreno, mencionada-na escritura, se transfere com o registro do contrato, porque, quando ao terreno, salvo algum empecilho, nada obsta a que se transfira desde logo. A prazo são, assim, apenas, a entrega da construção e a pesse do terreno. Também são vulgares os negócios de compra-e-venda em que se entrega a coisa e se —facilita‖ o pagamento. Não há, ai, condição; o negócio jurídico é puro. As Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 60, *§* 4) cogitaram da compra-e-venda —no caso, honde o vendedor ao tempo do contrauto deu espaço ao comprador pera lhe pagar o dito preço, se lho elle nom pagar ao dito tempo poderá elle logo cobrar a dita cousa do dito comprador, e nom se poderá efle escusar de lha tornar, por lhe offerecer o dito preço, pois lho nom pagou, nem ofereceu ao tempo que prometeo; pero se elIe ante quiser aver o preço, por que a cousa vendeo, podelio-á bem fazer, quando lhe aprouver‖. Nas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 37, *§* 2), repetiram-se essas regras: na compra-e-venda a prazo se o comprador não satisfaz no tempo devido a prestação, pode o vendedor exercer o direito de resolução do contrato (Código Civil, art. 1.092. parágrafo único), ou exercer a ação para haver o preço.

4.CLÁUSULA DE DECAÍMENTO. O direito de hoje ainda é êsse. A *lex specialis* sobre promessas de compra-evenda excluiu a chamada *cláusula de decaimento,* estipulação de que, em caso de mora, o promissário comprador perde as prestações pagas (Decreto-lei n. 58, art. 14), porque adotou a resolução do contrato. Também nas compras-e-vendas tal cláusula seria *nula,* entre outras razões, por infringir o limite que a lei marcou à cláusula depena convencional. Naturalmente, se há restituição do prédio, é preciso que se inclua nas perdas e .danos o aluguer; que o comprador teria pago pelo prédio, ou que recebeu; porém isso é outra regra. O vendedor poderia igualmente cobrar despesas com a venda. A cláusula de decaimento é, de qualquer maneira, cláusula nula.

5. RESERVA DE DOMÍNIO. CONVERSÃO. Se o vendedor se *reservou* a propriedade do prédio vendido, ou o negócio jurídico é nulo, como transmissivo, por ser suspensiva a condição, ou o termo, ou se trata de compra-evenda a prazo, ou promessa de compra-e-venda, na qual, aliás, é recomvendável *converter-se* o negócio jurídico (instituto da *conversão)*.

6.CLÁUSULA DE VENCIMENTO CONTAGIANTE. Resta saber-se se vale a *cláusula de vencimento contagiante,* a *Ver/aliklausel,* pela qual, tendo o comprador denºado de pagar alguma das prestações, vencem-se as outras. Nas promessas de compra-e-vçnda, regidas pelo Decreto-lei n. 58, não vale, como resulta do sistema da lei, principalmente do art. 14. Nas compras-e-vendas a prazo, a cláusula é permitida, cabendo, porém, os princípios do Código Civil, arts. 955-957, 959-968. Veja n. 8.

7. CLÁUSULA DE DEPÓSITO DO COMPRADO. A cláusula de depósito do comprado, em que se estipula que, não sendo pago o preço, ou alguma prestação, ou enquanto não se paga a totalidade dele, o comprador é *depositário* da coisa, não vale.

Não vale também a cláusula de ficar como *locador.*

8. DIREITO DE RESOLUÇÃO. A *clausulas de vencimento -contagiante* (n. 6) somente pode funcionar se o comprador recebeu a coisa, ou se, à data do vencimento, tem de recebê-la, ou há oferece o vendedor. A cláusula de decaimento não tem qualquer aplicação válida, nem produz efeitos. Não se pode mesmo pensar em salvá-la como pena convencional até o limite legal. Deve-se, todavia, interpretar que houve estipulação de direito de resolução, de modo que, se o vendedor o exerce, se opera a resolução do contrato. Não há, porém, ineficácia ou resolução automática; e o comprador tem direito à repetição do que pagou.

§ 1.536. Direito de Resoluçõa pacto comissário

 1. ESTIPULAÇÃO DE OUTRA INDIRETA. Ou o direito de resolução tenha sido estipulado diretamente, ou resulte de se haver inserto a cláusula (nula) de decaimento, depende de ser exercido para que se dê a resolução do contrato. Se o devedor alega que não incorreu em falta, cabe-lhe o ônus da prova. Qualquer aceitação de prestação atrasada implica ter o credor renunciado ao seu direito de resolução.

2.CONTRA PRESTAÇÃO. Se com o direito de resolução se associou paga, essa é contraprestação e têm de ser satisfeitos simultaneamente essa paga e o exercício. (Ocorre o mesmo se se trata de revogação do contrato pelo exercício do direito de arrependimento e houve estipulação do prêmio.) O direito de resolução, ou de revogação, em que há prêmio, deve interpretar-se como elemento de melhora, e não de empioramento da situação do seu titular. Se, por exemplo, pode êle invocar o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, por ter ocorrido falta do outro contraente, não está obrigado a pagar o prêmio, pôsto que possa pedir a resolução.

A pretensão à resolução é imprescritível.

Se há cláusula de direito de resolução, só a declaração de vontade do titular do direito a ela pode operar a resolução do contrato: —Pactum resolutivum‖, frisava MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Co‟,nmentaria,* IV, 129 s.)

—non qperatur, nisi velentibus, et declarantibus tílis, quorum favor~ fuit appositum‖. Ainda que se haja dispensado a declaração de vontade, direta ou indireta, do titular do direito, ou se tenha convencionado operar *ipso jure:* .1...

Etiamsi fuerit conventa resolutio contractus ipso iure sine aliqua declaratione‖. Se, ao tempo de declarar a vontade, o titular pratica algum ato ou toma alguaia atitude que significa não-ter-usado do seu direito, o seu direito de resolução extingue-se: —Mine resultat, ut quoties contrahentes non declararunt velle habere contractum pro resoluto post contraventionem, vel moram commissam, sed potius concordi consensu, elapso tempore convento, ilium observarunt, tunc illius pacti virtus, et effectus conquiescit, et ex voluntate, altero invito, recedi non potest‖.

FRANCISCO DE CALDAS *(Anal*ticus Gommentarius sive ad Tyjntm Instrumenti Emptionis et Venditionis Tractatus,* c. 28. n. 18) e ANTÓNIO GOMES *(Variarum Resolutionum,* II, e. 2, n. 21) já haviam a~Wertido que a resolução apanha a própria coisa cuja tradição se fizera (assim, MANUEL GONÇÁLVES DA SILVA, *Commentaria,* IV, 130).

3. o ART. 1.168 E PARÁGRAFO ÚNICO no CÓDIGO CIVIL. Diz o Código Civil, art. 1.168: —Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer

o contrato, ou pedir o preço‖. No parágrafo único: —Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda‖. A *lex commissoria* dá ao vendedor o direito de resolução se o preço ou o quanto parcial não foi satisfeito (L. 1, D., *de lege commissoria,* 18. 8), porém, desde o direito romano, não pode ser invocada se a culpa cabe ao vendedor. Dá-se o —desfazimento‖ do contrato, com a volta ao estado anterior.

4.NÃO HÁ CONTRADIÇÃO ENTRE OS ARTS. 1.163 E 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL.

Se compararmos o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil e o art. 1.168, vê-se bem que o contrato se resolve *duas vezes* pela falta do comprador. Dai surgirem duas opiniões: a) a de que o pacto comissário perdeu a sua importância, uma vez que se estabeleceu o direito de resolução em quaisquer contratos bilaterais; b) a de que o art. 1.092, parágrafo único, não se refere à compra-e-venda. Aquela é de CUNHA GONÇALVES; e essa, de J. M.

CARVALHO SANTOS. De modo nenhum: o) a verdadeira interpretação da lei é a que distingue o direito de resolução segundo o art. 1.092, parágrafo único, que depende do exercício, e a cláusula comissória do art. 1.163 e seu parágrafo único. Os dois escritores não atenderam A diferença entre os institutos: um sacrificou, na sua interpretação o instituto do art. 1.092, parágrafo único; o outro, o do art. 1.168. Ora, já os Romanos admitiam que, em caso de cláusula convencional, o contrato de compra-e-venda se resolvesse pelo não-pagamento do preço, e tal cláusula, destinada especialmente a servir aos interesses do vendedor, o protegia mais eficientemente do que o exercício de algum direito de resolução por motivo de não-pagamento do preço e operava *ainda* contra a vontade do vendedor. O que se estabeleceu no art. 1.168 e parágrafo único foi a *condição resolutória,* que, realizada, produz os seus efeitos *ipso jure. t* exatamente nisso que o direito de resolução, segundo o art. 1.092. parágrafo único, se distingue da condição resolutória do artigo 1.163 e seu parágrafo único. A confusão tem levado alguns juristas a escorregadelas surpreendentes. A *resolução* do art. 1.092, parágrafo único, ou de *clausula. de direito de resolução* é o exercício de direito formativo: por meio de declaração de vontade unilateral ao outro contraente, o declarante põe fim à relação jurídica obrigacional, *ex tunc.* Confundir com isso a condição resolutiva posta no contrato, seja ela a do pacto comissório seja a de outra estipulação, seria infração de conceitos e enunciados rudimentares de ciência jurídica.

5.CONFUSÃO ENTRE CONDIÇÃo RESOLUTIVA E DIREITO DE RESOLUÇÃO. Ao ocorrer o fato positivo ou negativo a que se refere a *condição resolutiva* a da *lex comissoria* ou outra cessa toda a eficácia da relação jurídica obrigacional.

A coisa vendida volta ao vendedor, *ipso iure.* tase recupera os seus direitos sem precisar de qualquer ato seu, ou de outrem. Alguns sistemas jurídicos repelem as condições resolutivas e suspensivas nos negócios jurídicos de compra-e-venda de bens imóveis pela —impossibilidade‖ da transmissão formal condicional <E. LEHMANN, *Lehrbuch,* II, S1.~-35A ed., 899). O direito brasileiro não viu, ali, impossibilidade. Os arts. 1.168 e 647 são significativos: ao advento da condição resolutiva, que consta da escritura e do livro das *transcrições,* o negócio jurídico *denua de ser;* a propriedade que existe é a *anterior,* e não aquela que somente *foi* enquanto não se realizou a condição resolutiva. O art. 647 é explícito: —Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou do advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendênda, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha‖.

6. Os ARTS. 648 E 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO. Muito diferente é o que ocorre com a resolução por exercício do direito formativo de resolução, um de cujos exemplos se tem no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

—Se porém‖, diz-se no art. 648 da lei, —o domínio se resolveu por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior *à* resolução, será considerado proprietário perfeito, restando *à* pessoa em cujo benefício houve a resolução, ação contra nº cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa, ou o seu valor‖.

E legislador brasileiro encontrou dificuldades em construir a *aquisição* de imóveis ═com a condição suspensiva; e afastou-a. Não no contrato de compra-e-venda.

7. CLÁUSULA —REBUS sío STANTIBUS‖. A cláusula resolutiva devido à alteração das circunstâncias (cláusula *rebus sio stantibus)* leva em conta que as circunstâncias de fato no momento em que se conclui o coútrato podem

~ser diferentes, mais tarde. Naturalmente, os negócios jurídicos de regra se entabulam e se concluem sem a consideração dessas mudanças e, por isso mesmo, há o *principio da abstração da mudança*

nas circunstâncias, segundo o qual, no interêsse da segurança da vida jurídica e dos negócios, principalmente não se atende às alterações circunstanciais.

Se os contraentes querem que sejam tidas em conta as modificações das circunstâncias, têm de metê-las no conteúdo do contrato. É a cláusula *rebus aio atantibus.*

Tal cláusula é permitida nos contratos de compra-e-venda, salvo se burla leis de usura ou tem outro elemento ilícito. E‘ de trato semelhante à condição resolutiva da *lex commissoria;* porém é preciso ter-se tOda a atenção em se distinguirem a cláusula resolutiva *rebus aio atantibus* e a cláusula *rebus tio atantibus* apenas criadora de direito formativo. Àquela concerne o art. 647 do Código Civil; a essa, não. E isso é de extraordinária importância prática, nos negócios. O art. 1.131 do Código Civil é, de certo modo, atenção à mudança das circunstâncias. se bem que não concernente à resolução *(existiria),* e sim, tão-só, à *eficácia:* —Não obstante o preço ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado‘t. Tudo se passa no plano da eficácia.

8.A DOUTRINA DA. REGRA DISPOSIÇÃO. Se a legislação houvesse adotado, nos contratos de compra-evenda, a *doutrina da incluatio dispositiva da cláusula “reina aio atantibua”,* quer dizer a regra de que, em todos os contratos, se entendia existir a cláusula *reina aio atantibus,* em delicada situação ficaria a segurança contratual.

Não há, sequer, norma interpretativa para, no caso de dúvida se foi, ou não, incluída a cláusula, se responder afirmativamente. É possível, todavia, que, na interpretaÇÃO do contrato, se colha existir direito de resolução baseado na mudança de circunstâncias; *e. g.,* se o prédio foi vendido —para nêle se instalar, escola de pintura‖ e o comprador afastou, depois, qualquer intenção nesse sentido.

A permissão da cláusula resolutiva, *rebus aio atantibus,* ou não, nos contratos de compra-e-venda (e, pois, nos pré-

contratos de compra-e-venda), é de grande significação no direito brasileiro. Maior ainda a dualidade de tratamento da *resolução* pelos arte. 647 e 648 do Código Civil. TOda a atenção devem ter os intérpretes em separar os dois campos, o das condições e termos resolutivos e o das resolutividades em virtude de causa superveniente ao contrato de compra-e-venda. Teoricamente, os mais delicados

conceitos entram em jOgo; praticamente, tudo se passa, com duas séries insuperponíveis de consequências. Para os verdadeiros juristas, os arts. 647 e 648 são de valor técnico altíssimo; e as questões, cheias de interêsse e de elegância.

Esses pontos seletos do direito, quer pelo que implicam na discussão de técnica legislativa, quer pelo que apontam de rigor e de habilidade em lógica de direito, quer pela justiça intrínseca e extrínseca das soluções, constituem um dos melhores exercícios intelectuais para alunos, professOres, juizes e jurisconsultos, e uma pedra de toque do seu verdadeiro re.s-. peito ao direito nacional.

Teremos de falar no Tomo XIV da propriedade resolúvel. Urna coisa é a resolutividade no negócio jurídico bilateral consensual, *e.* g., no contrate de compra-e-venda de imóveis; outra, a condição ou o termo resolutivo no acordo de transmissão; e outra, a resolutividade na própria solução. Acolá, resolve-se o contrato consensual; ali, o acOrdo de transmissão; aqui, a transmissão mesma. Quanto à suspensividade, dá-se o mesmo, o contrato consensual pode conter condição o termo suspensivo; o acordo de transmissão, também; a transmissão mesma, tratando-se de imóveis, não: não há transmissão suspensiva, posto que se possa conceber a transmissão fideicomissória, que temporalmente distribui a propriedade. Ninguém está impedido de comprar ou de vender sob condição suspensiva, nem, sequer, de sob condição suspensiva acordar em transmissão. Mas a transmissão sob condição suspensiva não se admite.

Portanto:

a) Pode A pré-contratar, suspensivamnente, a venda do terreno *(e.* g., promete A vender a E o terreno se E adquirir a fábrica ao lado, êste ano (até 31 de dezembro) -

b) Pode A pré-contratar, resolutivamente, a venda do terreno *(e. g.,* promete A vender a E o terreno, salvo se E, êste ano, adquirir o terreno de C).

c) Pode A vender, suspensivamente, a E o terreno <*e. g.,* promete A transferir a E o terreno se E, êste ano, adquirir a fábrica ao lado). Aqui, não mais é preciso fazer contrato de compra-e-venda, êsse contrato já o é, não se trata de pré-contrato, O acOrdo de transmissão já seria inserível, embora sob condição suspensiva. Não seria transcritível.

d)Pode A vender, resolutivamente, o terreno, a B *(e. g.,* vende A a B o

terreno, ficando, porém, resolvida a venda, se B comprar o terreno de C, êste ano).

e)Pode A acordar na transmissão, suspensivamente, a B *(e.* g., A declara que acorda na transmissão no dia do casamento de B com C, ou com qualquer outra pessoa). Com o implemento *(e.* g., a certidão do casamento), pode ser feita a transmissão da propriedade.

f)Pode A acordar na transmissão, resolutivamente, a B *(e.* g., A declara que acorda na transmissão, mas que se resolve o acOrdo se, antes de ser feita a transcrição, E não casa com C, ou o próprio direito de propriedade se B de não de casar-se neste ou no ano próximo, ou se nesse tempo enviúva) -O acordo de transmissão se a condição é referente à propriedade é transcritível e, dando-se o implemento, a resolução opera-se *ipso iure.*

CAPITULO III

INADIMPLEMENTO E PREÇO

~1.537. Inadimplemento do contrato pelo não-pagamento

1.PRETENSÃO E AÇÃO DO VENDEDOR. À pretensão do vendedor a que se lhe pague o preço da coisa correspondem obrigações do comprador. As ações que se originam daquela pretensão, se o comprador não paga, ou não paga no lugar, tempo e modo convencionados, são diferentes:

a)A *ação de condenação,* para se haver o preço convencionado, mais as perdas e danos decorrentes da mora.

b)A *ação de resolução do contrato,* que é ação constitutiva, com que se faz a declaração de vontade, *resolvente,* do contraente *(e.* g., Código Civil, art. 1.092, parágrafo único). Não se confunde com a *ação declaratória* para se julgar existir ou não mais existir a relação jurídica *resolvida.*

c) A *ação de cobrança das arras em dObro,* se houve estipulação e foram dadas. Trata-se de ação de condenação.

d)A *ação declaratória de resolução,* com fundamento no art. 1.163 e

parágrafo único, que se não confunde com as ações constitutivas de resolução de que se trata na letra b) -

As ações da letra a) e da letra b), com invocação, respectivamente, dos arts. 1.056 (arte. 956 e 957) e 1.092, parágrafo único, do Código Civil, são ações independentes do que se estipulou (cf. COrte de Apelação de São Paulo, 13 de novembro de 1935, 3º. *dos T.,* 110, 161).

2.CUMULAÇÃO DE AÇÕES. Se foi estipulada condição resolutiva, inclusive a *lex commissoria,* a resolução é de pleno direito, o que importa dizer-se que independe de exercício de direito formativo, ou, *afortiori,* de intervenção da justiça (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 10 de julho de 1931, 3?. 3. *T.* de J., IV, 827). A ação para se —constituir‖ essa resolução seria *excessiva:* a ação é declaratória; e de reivindicação a parte em que se pede, cumulativamente, a restituição —da coisa do poder de quem a detenha‖ (Código Civil, art. 647). A ação do n. 1, b), dificilmente poderia ser cumulada com a de reivindicação contra terceiro, pOsto que, cumuladas a ação do n. 1, b), e a constitutiva negativa para decretação da invalidade ou a declaratória de ineficácia da aquisição pelos terceiros, nos casos em que cabe, possa ser cumulado o pedido de reivindicação.

3.CoNDiçÃo RESOLUTIVA E EFICÁCIA DE DIREITO FORMATIVO. A cláusula resolutiva, que é *condição,* opera denºando —desfeito‖ o direito, nenhum (termo usado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de março de 1931, E. *dos T.,* 78, 465); ao passo que a cláusula resolutiva, que é atribuição de direito formativo (direito de resolução), depende da declaração de vontade do titular desse direito. A interpretação do mesmo Tribunal de Justiça (8 de maio de 1928, 3?. *dos T.,* 66, 844) de que, ocorrida a resolução em virtude de condição resolutiva, ainda pode o credor esperar, ou não, o pagamento, é contra os princípios. A regra contrária a isso está no Código Civil, art. 119, parágrafo único, para as condições resolutivas —expressas~~, e no art. 1.168, parágrafo único, concernente à *lex commissoruz.*

Sempre que a condição resolutiva foi concebida sem a eficiência *ipso jure,* a ação é constitutiva, e não declarativa.

Por isso mesmo, nenhum dos contraentes pode dar por desfeito o negócio jurídico; e, se procede diversamente, responde por perdas e danos (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 3 de março de 1894, *O. D.,* 70, 185). Os direitos, que se formaram, *ainda* existem (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 3 de setembro de 1891, *Relatório* de 1898, 127).

4.EFICÁCIA DA RESOLUÇÃO. Tanto a eficácia da resolução, em sentido estrito, por definição, pelo advento da condição, quanto a resolução pelo exercício de direito formativo operam *ex tunc.* Quando o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de julho de 1903 *(São Paulo J.,* II, 876>, pretendeu ligar o direito de reivindicar ao não-se-ter-transferido o domínio da coisa vendida, cometeu grave erro: o domínio por certo se transferiu; com a eficácia ex *tunc* da resolução (art. 647) é que se extingue o domínio que existia.

O mesmo Tribunal de Justiça, a 30 de agOsto de 1927 *(3?. dos T.,* 63, 364; cf. 2 de junho de 1924, 50, 480). viu condição resolutiva (implícita) na venda da parte do imóvel, pendente apelação da sentença de partilha, e resolução da compra-e-venda se foi dado provimento à apelação, desconstituindo-se a partilha. De modo nenhum. Vendeu-se parte do imóvel, a conversão não cabe, porque não é nula a venda; vendeu-se *~parte* que talvez, na outra partilha, não lhe coubesse. O negócio foi *válido,* mas *ineficaz.* Se não adquiriu eficácia, *tollitirr quaestio.* Se adquiriu, cumpre-se. O comprador é que pode invocar o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, exercendo o seu direito formativo. Isso não quer dizer que a interpretação do negócio jurídico da compra-e-venda não possa colhêr *vontade* concordante que haja estipulado a condição resolutiva. ou o direito de resolução. O mesmo erro cometeria quem, em todos os casos, tivesse como incluída a condição resolutiva nos contratos de compra-e-venda de *parte divisa* pelo condômino que ainda não obteve a divisão amigável ou judicial do bem imóvel: a compra-e-venda *vale* (e acertou o Tribunal da Relação de Minas Gerais, 3?. 11‘., 52, 296); é, apenas, enquanto não se divide e não toca ao vendedor a parte divisa, *ineficaz.* Para que se tratasse da condição resolutiva seria preciso que estivesse implícita ou explícita, indireta ou diretamente, no conteúdo do contrato. Isso raramente se dá, sendo de se evitar, aí, construção que seria à semelhança da *teoria da pressuposição* de B. WINDSCHEID. Aliás, não sendo

—expressa‖, dependeria de —interpelação‖ (art. 119, parágrafo único). Ambíguo, como o aresto de Minas Gerais, o do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 30 de agOsto de 1927 *(R. dos T.,* 50, 480; 2 de junho de 1924, 63, 346).

Porque a venda de *parte divisa* em prédio *pio indiviso* é ineficaz, falta ação ao comprador para haver a *parte divisa* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de novembro de 1915, *R. dos T.,* 16, 88), mas pode interpelar o vendedor e *ou* pedir-lhe perdas e danos, mantendo o contrato, ou a resolução (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único), com a restituição do preço e perdas e danos. A situação desse é a de

quem não *cumpriu* o contrate. Se o preço ainda não foi pago, *ou* o retém (art. 1.092), o que não faz resolver-se o contrato, que perdura, embora ineficaz, *ou* pede a resolução pelo inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único).

A eficácia *ex tunc* da resolução alcança todos os negócios dependentes do negócio jurídico da compra-e-venda. Se o comprador assinou títulos a favor do vendedor, com a resolução do contrato de compra-e-venda também eles se resolvem (Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de abril de 1981, 3?. *dos T.,* 78, 104), salvo está entendido a incolumidade excepcional dos títulos abstratos.

5.AçÃo DECLARATÓRIA E AÇÃO CONSTITUTIVA. Se um dos contraentes interpreta que houve resolução *ipso jure* e o outro discorda, indo esse a juízo *(e. g.,* contrato com a União, se o govêrno, por ato oficial, considera desfeito o contrato, Supremo Tribunal, 5 de junho de 1912, São *Paulo 3.,* 34, 476), a ação dele é *declaratória negativa.* Já o era, antes do Código de Processo Civil, art. 2.~, parágrafo único, se bem que os juristas não w soubessem classificar. *Aliter,* a resolução segundo o art. 1.092, parágrafo único (cf. COrte de Apelação do Distrito Federal, 5 de janeiro de 1922, 3?. *de D.,* 65, 335), que é dependente de declaração de vontade resolvente. Nesse caso, e não naquele, o comprador, que se recusa a restituir a coisa comprada, antes de ser exercido o direito de resolução, não pode ser havido como esbulhador (Tribunal de Justiça de são Paulo, 6 de setembro de 1983, *R. dos T.,* 90, 509).

As restituições de regra se fazem *sem compensação.* Se há perdas e danos a ressarcirem-se, nada tem isso com a simples *restituição;* nem se contam como alugueres da coisa restituida as prestações *pagas.* Se são devidos, entram como perdas e danos. Compensação somente pode haver se pela lei cabe *no caso.*

Parte XIII. Direitos de vizinhança 1

CAPITULO 1

RELAÇÕES DE VIZINHANÇA

§ 1.538. Contactuação de direitos de propriedade

1.LIMITAÇÕES. O direito do proprietário do imóvel é limitado pelo direito do proprietário do imóvel vizinho.

Ao sistema jurídico compete determinar o que cada um pode fazer e o que pode impedir, isto é, o núcleo positivo e o núcleo negativo do direito de propriedade. A técnica legislativa, a êsse respeito, representa elaboração de alguns séculos, na qual muito se deve aos costumes.

As pretensões à indenização a que se referem os arts. 560, 561, 564 e 567, parágrafo único, são suscetíveis de declaração e de alteração para mais ou para menos. Toda diminuição, todo aumento ou exclusão importa em servidão, porque a indenização funcionaria, em qualquer das espécies, como pressuposto do direito de vizinhança, e tOda modificação para mais ou para menos em direito de vizinhança é servidão. A pretensão à indenização é, ai, elemento do conteúdo do direito de propriedade (O. STRECKER, em G. PLANaC, *Kommentar,* III, 4º ed., 570).

Por outro lado, se os vizinhos querem estabelecer pretensão à indenização ou. indenizabilidade recíproca, ou não--

recíproca, entre eles, têm de contentar-se com a eficácia pessoal, ou conceber o Onus como um dos direitos reais que a lei permita *(e. g.,* renda sObre o imóvel).

As limitações legais ao conteúdo da propriedade imobiliária, no tocante às imissões, podem ser negocialmente modificadas. O negócio jurídico, se no plano puramente pessoal (direito das obrigações), é eficaz entre os interessados, ainda que não seja por escritura pública. Não tem eficácia quanto aos sucessores, salvo se sobrevém cessão ou sucessão de dívida. Os negócios jurídicos de direito das coisas (juri-reais) têm de ser conformes às regras jurídicas de forma e registrados. Só a *servidão* pode, então, alterar a linha que o direito de vizinhança, com a limitação do conteúdo da propriedade alheia, traçou. Está claro que é preciso o acordo de constituição. A modificação pode ser para mais, ou para menos (aumento ou diminuIção da imissão). Se há aumento de imissão, a constituição da servidão é sôbre o imóvel a que incumbe o dever de vizinhança; se há diminuIção da imissão, é sôbre o imóvel a que compete o direito de vizinhança.

Para se saber até que ponto vai o direito de vizinhança, a ação adequada é a declaratória da relação jurídica de vizinhança no que concerne ao ponto ou pontos que interessam. É possível o acordo entre os vizinhos, com caráter declarativo, devendo-se averbar no registro

dos dois prédios, ou de todos, se se tratar de mais de dois (cf. GEORO

GUTJAHR, *lhe Eintraqungsjãhiglceit der gesetzlichen Eigentumsbeschrdn~ kungen,* 79 s.). Naturalmente, a inscrição é que pode dar eficácia a qualquer alteração, porque se trataria de constituição de servidão, O acordo, sem qualquer sentença declarativa, pois que a sentença é simplesmente homologatória *(=* integrativa de forma), não poderia impor-se além do que era e é o direito de vizinhança.

Sempre que as leis de direito público, federais, estaduais, ou municipais, dentro das regras de competência legislativa e sem ofensa a princípios constitucionais, apontam, no interêsse geral, como nocivo, algum ato positivo ou negativo, atribuindo dever a algum proprietário ou possuidor, tem-se de entender que houve *explicitação* do conteúdo do art. 554, isto é, que se interpretou, no caso concreto, o art. 554, sem que, com isso, se baia de acolher no direito brasileiro a permissão das leis interpretativas (Tomo 1, *§* 18). A legislação federal, estadual ou municipal a respeito apenas tem como consequência, se ainda não foi suspensa a eficácia da regra jurídica (Constituição de 1946, art. 64), considerar-se, até prova em contrário, nocivo o ato ou a omissão (presunção *facti!)* e, pois, satisfeito o pressuposto para a incidência do art. 554. Não há, assim, *extensão* ao art. 554 (cp. J.

BIERMANN, *Privatrechi und Polizei iii, Preussen.* 36 s. e 170 s.). A simples decretação de ser inconstitucional a lei federal, estadual ou municipal não tira ao juiz, cujo ato não foi apreciado, a faculdade de ter por incidível *in.*

casu o texto federal, estadual ou municipal.

2. DIREITOS. Os direitos de vizinhança produzem-se simêtricamente às outras *limitações* ao direito de propriedade em seu conteúdo, pela substantivação dos direitos que objetivamente resultariam delas. Certas limitações de direito público ainda não chegaram a êsse estado em que os direitos só objetivos oriundos delas se tornariam direitos subjetivos.

A pretensão à indenização que nasce de ofensa a direito de vizinhança é independente de culpa. (A culpa, de que se cogita no art. 561, não se refere ao ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou fato ilícito, de que emane a outrem pretensão à indenização por ofensa a direito de vizinhança: trata-se, ali, tão-só, da culpa do próprio titular do direito de vizinhança, que, a despeito da culpa, pode exigir nova comunicação com a via pública.) A indenização por exercício a direito de

vizinhança é à semelhança da que há de receber o proprietário desapropriado, e essa semelhança mostra naquela o não ser ofensa por fato ilícito. A indenização por prejuízos que possam advir pela proximidade de indústrias, que sejam permitidas por lei no local e inevitáveis, também não é indenização por ato ilícito; dela é exemplo a indenização fundada no art. 23 do Código de Minas (Decreto-lei n.

1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 23, modificado pelo Decreto-lei n. 9.449, de 12 de julho de 1946, art. 1.0) —Os titulares de decreto de autorização de pesquisa poderão realizar os trabalhos respectivos e também as obras e serviços auxiliares, necessários, em terrenos do domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que paguem aos respectivos proprietários ou possuidores uma renda pela ocupação dos terrenos, e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras: 1. A renda não poderá exceder o valor de rendimento liquido máximo da exploração agrícola ou pastoril habitual na região, relativa à extensão da área a ser realmente ocupada. II. A indenização por (direito das obrigações), é eficaz entre os interessados, ainda que não seja por escritura pública. Não tem eficácia quanto aos sucessores, salvo se sobrevém cessão ou sucessão de dívida. Os negócios jurídicos de direito das coisas (juri-reais) têm de ser conformes às regras jurídicas de forma e registrados. Só a *servidão* pode, então, alterar a linha que o direito de vizinhança, com a limitação do conteúdo da propriedade alheia, traçou. Está claro que é preciso o acordo de constituIção. A modificação pode ser para mais, ou para menos (aumenta ou diminuição da imissão). Se há aumento de imissão, a constituição da servidão é sôbre o imóvel a que incumbe o dever de vizinhança; se há diminuição da imissão, é sôbre o imóvel a que compete o direito de vizinhança.

Para se saber até que ponto vai o direito de vizinhança, a ação adequada é a declaratória da relação juridica de vizinhança no que concerne ao ponto ou pontos que interessam. É possível o acordo entre os vizinhos, com caráter declarativo, devendo-se averbar no registro dos dois prédios, ou de todos, se se tratar de mais de dois (cf. GEORG

GUTJAHR, *Die Eintragungsfàhigkeit der gesetzlichen Eigentumsbeschràn kungen,* ═79 s.). Naturalmente, a inscrição é que pode dar eficácia a qualquer alteração, porque se trataria de constituição de servidão. O acordo, sem qualquer sentença declarativa, pois que a sentença é simplesmente homologatória *(* = integrativa de forma), não poderia impor-se além do que era e é o direito de vizinhança.

Sempre que as leis de direito público, federais, estaduais, ou municipais, dentro das regras de competência legislativa e sem ofensa a princípios constitucionais, apontam, no interêsse geral, como nocivo, algum ato positivo ou negativo, atribuindo dever a algum proprietário ou possuidor, tem-se de entender que houve *explicitação* do conteúdo do art. 554, isto é, que se interpretou, no caso concreto, o art. 554, sem que, com isso, se baia de acolher no direito brasileiro a permissão das leis interpretativas (Tomo 1, *§* 18). A legislaÇÃO federal, estadual ou municipal a respeito apenas tem como consequência, se ainda não foi suspensa a eficácia da regra jurídica (Constituição de 1946, art. 64), considerar-se, até prova em contrário, nocivo o ato ou a omissão e, pois, satisfeito o pressuposto para a incidência do art. 554. Não há, assim, *extensão* ao art. 554 (cp. 3. BIERMANN, *Privatreoht und Polizei in Prewssen. 36* s. e 170 s.). A simples decretação de ser inconstitucional a lei federal, estadual ou municipal não tira ao juiz, cujo ato não foi apreciado, a faculdade de ter por incidível *in casu* o texto federal, estadual ou municipal.

2. DIREITOS. Os direitos de vizinhança produzem-se simêtricamente às outras *limitações* ao direito de propriedade em seu conteúdo, pela substantivação dos direitos que objetivamente resultariam delas. Certas limitações de direito público ainda não chegaram a êsse estado em que os direitos só objetivos oriundos delas se tornariam direitos subjetivos.

A pretensão à indenização que nasce de ofensa a direito de vizinhança é independente de culpa. (A culpa, de que se cogita no art. 561, não se refere ao ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou fato ilícito, de que emane a outrem pretensão à indenização por ofensa a direito de vizinhança: trata-se, ali, tão-só, da culpa do próprio titular do direito de vizinhança, que, a despeito da culpa, pode exigir nova comunicação com a via pública.) A indenização por exercício a direito de vizinhança é à semelhança da que há de receber o proprietário desapropriado, e essa semelhança mostra naquela o não ser ofensa por fato ilícito. A indenização por prejuízos que possam advir pela proximidade de indústrias, que sejam permitidas por lei no local e inevitáveis, também não o é indenização por ato ilícito; dela é exemplo a indenização fundada no art. 28 do Código de Minas (Decreto-lei n.

1.935, de 29 de janeiro de 1940, art. 23, modificado pelo Decreto-lei n. 9.449, de 12 de julho de 1946, art. 1.0) —Os titulares de decreto de autorização de pesquisa poderão realizar os trabalhos respectivos e também as obras e serviços auxiliares, necessários, em terrenos do

dominio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que paguem aos respectivos proprietários ou possuidores uma renda pela ocupação dos terrenos, e urna indenização pelos dados e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras: 1. A renda não poderá exceder o valor de rendimento líquido máximo da exploração agrícola ou pastoril habitual na região, relativa à extensão da área a ser realmente ocupada. II. A indenização por 1

danos causados não poderá exceder o valor venal da propriedade na extensão da área efetivamente ocupada pelos trabalhos de pesquisa, salvo no caso previsto no inciso seguinte.

III. Quando os danos forem de molde a inutilizar para fins agrícolas e pastoris tóda a propriedade em que estiver encravada a área necessária aos trabalhos de pesquisa, a indenização correspondente a tais danos poderá atingir o valor venal máximo de toda a propriedade. IV. Os valores venais a que se referem os incisos II e III serão obtidos por comparação com valores venais de propriedades da mesma espécie, na mesma região, nos últimos cinco anos, a contar da data da avaliação. V. No caso de terrenos públicos é dispensado o pagamento da renda, ficando o titular da pesquisa sujeito apenas ao pagamento relativo a danos e prejuízos. VI. Se o titular do decreto de autorização de pesquisa, até a data da transcrição do título de autorização, não juntou ao respectivo processo prova de acordo com os proprietários ou possuidores do solo acêrca da renda e indenização, de que trata este artigo, o Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral, dentro de três dias desta data, enviará ao Juiz de Direito da Comarca onde estiver situada a jazida, por via telegráfica ou por via aérea, cópia do referido título. VII. Dentro de quinze dias a partir da data do recebimento dessa comunicação, o Juiz mandará proceder à avaliação da renda e dos danos e prejuízos a que se refere este artigo, na forma prescrita nos arts. 957 e 958 do Código de Processo Civil. VIII. O

Promotor de Justiça da Comarca será citado para os termos da ação, como representante da União. Nº. A avaliação será julgada pelo Juiz no prazo máximo de trinta dias, contados da data do despacho a que se refere o inciso VII, não tendo efeito suspensivo os recursos que forem apresentados. X. As despesas judiciais com o processo de avaliação serão pagas pelo titular da autorização de pesquisa. XI.

Julgada a avaliação o Juiz, dentro de oito dias, intimará o titular do decreto a depositar a quantia correspondente ao valor da renda de dois anos, e a correspondente à caução para pagamento da indenização. XII. Feitos esses depósitos, o Juiz, dentro de oito dias, intimará os proprietários ou possuidores do solo a permitirem de trabalhos de pesquisa e comunicará seu despacho ao Diretor-Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral e, mediante requerimento do titular da pesquisa, às autoridades policiais locais, para garantirem a execução dos trabalhos. XIII. Se o prazo da pesquisa fôr prerrogado de acordo com o inciso II do art. 16,

o Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral o comunicará ao Juiz, no prazo e condições indicadas, no inciso VI dêste artigo. XIV. Dentro de oito dias do recebimento da comunicação a que se refere o inciso anterior, o Juiz intimará o titular da pesquisa a depositar nova quantia correspondente ao valor da renda relativa ao prazo da prerrogação. XV. Feito êste depósito, o Juiz intimará os proprietários ou possuidores do solo, dentro de oito dias, a permitirem a continuação dos trabalhos de pesquisa no prazo da prerrogação e comunicará seu despacho ao Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral e às autoridades policiais locais mediante requerimento do titular da pesquisa. XVI. Terminados os trabalhos de pesquisa o titular da respectiva autorização e o Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral comunicarão o fato ao Juiz competente, a fim de ser encerrada a questão referente ao pagamento da indenização por danos e prejuízos, bem como ao da renda, caso êste ainda não tenha sido efetuado. XVII. Por ocasião da ação prevista no inciso anterior, as partes que se julgarem lesadas poderão requerer ao Juiz se lhes faça justiça. Art. □

2 a O presente Decreto-lei entra

em vigor na data da sua publicação revogadas as disposições em contrário

§ 1.589. Espaço e limitações ao conteúdo do direito de propriedade 1.DIMENSõES E DIREITO DE VIZINHANÇA. De regra, toda regra legal concernente a limitações ao conteúdo do direito de propriedade só ~se preocupa com os lados, a horizontalidade, e não com o acima e o abanºo. Mas ou as normas mesmas deveriam ser interpretadas como abrangentes de todas as direções, ou o mau uso da propriedade seria *abuso* (do exercicio) *do direito.* A primeira solução é que é a verdadeira. As regras incidem qualquer que seja a dimensão, exceto nos casos em que se alude à lei de gravidade. Ninguém pode, em seu

terreno, fazer escavações tais que ponham em risco a segurança, o sossêgo ou a saúde dos vizinhos. Quer dizer: a espécie cabe no art. 554 do Código Civil e é invocável o art. 555 ou outra regra. Não se precisa lançar mão da ação de abuso do direito.

2.LIMITES DAS PROPRIEDADES E ATIVIDADE HUMANA. Nos limites ou confins do prédio termina o direito de propriedade, que é essencialmente especializado. Nasceu da apropriação da terra e conserva todas as reminiscências da sua origem. Fora dos seus limites, nem podem crescer as suas árvores, nem~ ser edificada a casa, nem se debruçar o seu balcão, ou avançar o seu. telhado (cp. L. 14, *§* 1, D., *si servitus vindicetur,* 8, 5). Mas o uso, o exercício do direito de propriedade, não é o das três dimensões. A atividade humana pode ir além delas; no tempo, por exemplo, se mantenho ruído além das horas regulamentares, ljmitação de direito~ público que entra na esfera dos direitos subjetivos dos vizinhos, como explicitações *minimas* do mau uso, ou como direitos resultantes de leis-conteúdo *(e. g.,* art. 572: .... .e os regulamentos administrativos‖). Os imponderáveis também causam dano..

~ usar mal da propriedade denºar vasilhame, ou outras cavidades em que se possam criar môscas e mosquitos.

3.EXCLUSÃO E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS DE VIZINHANÇA. Sempre que não sejam objeto de regras de direito público, os direitos de vizinhança podem ser restringidos ou excluídos pela vontade dos interessados, ou por estipulação a favor de terceiro. Se não se obedeceu às regras de criação de direitos reais, a eficácia de tais negócios jurídicos é só entre figurantes. O sucessor do proprietário que se obrigou não pode ser constrangido a respeitar obrigação que não foi sua. *A fortiori,* o proprietário sucessor ou o possuidor, se a obrigação foi assumida pelo não-proprietário *(e.* g., o inquilino). Se o negócio jurídico se fêz com todas as exigências, inclusive as do registro, é de servidão predial que se trata; e têm de respeitá-la os sucessores do prédio dominante. Se houve, *segundo a lei,* registro, para efeitos quanto a terceiros, essa eficácia se opera, a desfeito de não ser real o direito.

4.LIMITAÇÕES E DETERMINAÇÕES DO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. As limitações e determinações do conteúdo da propriedade são assunto de direito público ou de direito privado. Se elas são permitidas como regras legais responde a Constituição de

1946, principalmente os arts. 145-148.

A técnica legislativa dos autores do Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, tresanda ao século passado, antes de se precisarem, no sistema jurídico brasileiro, as distinções entre o conceito de servidão e o de direito de vizinhança. O que ocorre nos arts. 89-43 é direito de vizinhança, à semelhança do direito de vizinhança dos arts..

559, 568-568 do Código Civil. Aliás, o ranço ainda apareceu nos arts. 562 e 568 do Código Civil. Sempre que o exercício do direito de propriedade do imóvel se contacta com o exercício do direito de outrem, chocando-se com êsse, e pois regularmente podendo ser proibida a incursão por nº, nasce aos legisladores o problema de técnica jurídica consistente em se ajustarem os interesses. A solução há de ser no sentido de se limitarem, por um lado, a faculdade de exercício (núcleo positivo da propriedade) e, por outro, a de exclusão (núcleo negativo). Dai nascem direitos e deveres de vizinhança. As limitações legais ao conteúdo da propriedade, ou de certas propriedades, ou de propriedade a respeito da qual ocorram certos pressupostos, não são servidões, erro em que ainda incorreram MARTIN WoLFP *(Der Bau auf fremdem Boden,* 1821) e SCHMIDT-RIMPLER *(Die Eigentiimerdienstbarkeit,* 180), tendo-se emendado, depois, nº. A concepção do direito de vizinhança como direito àconcessão forçada de servidão era a do direito comum e do prussiano, e dela ainda se ressentem as Leis austríacas de 7 de julho de 1896

e de 9 de janeiro de 1918; mas isso foi superado, contra os Códigos Civis francês, arts. 682-685, saxônico, *§* 845, e suíço, art. 694, pelo Código Civil alemão, *§§* 917 e 918, e pelo Código Civil brasileiro, arts. 559-568, a despeito de senões de terminologia, que se apagam diante do nome que se deu à Seção V do Capitulo II (Dos Direitos de Vizinhança).

Poder-se-ia entender que o direito, que nasce, é o direito à constituição forçada da servidão, ou à concessão judicial; porém não é essa a concepção do Código Civil. Por outro lado, as leis elaboradas pela ditadura tinham a marca das mediocridades, de que ela dispunha, e hão de ser interpretadas sem se lhes atribuir a consequência de mudar a concepção geral do direito, tal qual ela o encontrou.

No Código de Minas (Decreto-lei de n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940), art. 89, diz-se que —as propriedades vizinhas estão sujeitas a —servidões de solo e subsolo para os fins da pesquisa e da lavra‖; e passa a enumerá-las: 1.

Ocupação do terreno necessário para: *a.)* construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradia de operários; b) abertura de vias de comunicação. e de transporte de qualquer natureza; e) captação e condução de aguadas necessárias ao pessoal e aos serviços da mineração; *d)* transporte de energia elétrica em condutores aéreos ou subterrâneos; *e)* escoamento das águas da mina e das instalações de tratamento do minério.

II. No subsolo, a abertura de passagem do pessoal e material, de condutos de ventilação, de energia elétrica e de escoamento das águas. III. Utilização das águas que não estiverem aproveitadas em serviço agrícola ou industrial.

Lê-se no art. 40 do Decreto lei nº 1.985: —As servidões constituem-se mediante prévia indenização do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação. Sendo de natureza urgente os trabalhos a executar, a servidão será constituída mediante caução arbitrada por peritos, na forma da lei‖. No art. 41, diz-se: —A divisa subterrânea entre as áreas de autorizações de pesquisa ou lavra confrontantes será sempre a superfície vertical que passa pelas linhas divisórias do solo‖. Explicita-se no art. 42: —Quando as áreas de autorização forem vizinhas, as escavações não podem ser estendidas além da superfície vertical que as limita, em busca de vieiros ou massas de minérios que se prolonguem, sem permissão expressa do concessionário da autorização da mina confinante, mediante aprovação do Ministro da Agricultura‖. Finalmente diz o art. 43: —Quando as águas dos mananciais, córregos ou rios forem poluídas, por efeito da mineração, o Govêrno, por instruções e outras medidas que forem necessárias, e ouvidas as repartições competentes da Saúde Pública e outras, providenciará para sanar o mal‖. Há ação declaratória e de cominação, por parte dos particulares.

§ 1.540. Uso nocivo da propriedade

1.CÓDIGO CIvIL, ART. 554. —O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam‖, lê-se no Código Civil, art. 554. A regra *limita* o conteúdo do direito de propriedade do proprietário vizinho, nascendo no outro proprietário o *direito de vizinhança.* A ação, como a pretensão, dirige-se contra êle, ou contra quem exerça a pesse direta. Aliás, não só inquilino: o foreiro, o usufrutuário, o que tem o direito real de usufruto; o usuário, a quem somente, no caso, se pode imputar o mau uso; o habitador, que

também é titular de direito real e, pois, é limitado, por igual, o seu direito real; o credor anticrético.

Todo proprietário pode exercer o direito de propriedade a seu líbito, mas o exercício pode ser irregular, e tem-se o abuso do direito, ou exceder linhas que o direito traçou a cada proprietário, levando em conta interesses dos vizinhos. As limitações ao direito de propriedade, baseadas em tais interesses, são limitações ao próprio conteúdo mesmo do direito de propriedade. Importa isso em dizer-se que se passam antes de qualquer exercício, no plano mesmo da técnica legislativa. Tais limitações ou são no sentido de vedação de ações ou de vedação de omissões, como, também, no sentido de se limitarem atividades (positivas ou negativas) ou de se limitar o poder de exclusão.

Em principio, o uso da propriedade é condicionado ao bem-estar social (= só se tutela a propriedade até onde ela não provoque, ou não concorra para se estabelecer, ou persistir, ou agravar-se mal-estar social; Constituição de 1946, art. 147). Tratando-se de interesses particulares, ou protegidos privatisticamente, o proprietário ou possuidor de um prédio tem direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam. O art. 554 diz: —O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam‖.

Inquilino não está, aí, por locatário, mas, exemplificativamente, por possuidor imediato não-próprio: a ação, que nasce, nasce ao proprietário, como ao possuidor imediato não-próprio; e é de entender-se que, à semelhança do proprietário, também a tem o possuidor mediato não-próprio, como o locatário-sublocador, ou o usufrutuário que aluga.

A segurança, de que A e trata, é a material e é a pessoal. Tanto ofende a segurança, ou pode vir a ofendê-la quem trabalha na casa vizinha com explosivos quanto quem acoita bandidos, ou recebe jogadores que costumam brigar a tiros (se há apenas vozerio insuportável, a espécie é de ofensa ao sossêgo). Todavia, influências puramente imateriais não são incluidas nas que se proibem no art. 554. Lá estão o calor excessivo, as trepidações perigosas, os corpos gaseiformes que possam produzir explosão, as chispas, a penetração de líquidos nas paredes-meias, ou comuns, ou do que teme insegurança. Porém não está o dano que provenha de ter bordel o vizinho, ou de manter casa de tolerância (não se confunda o problema com o do bordel no prédio

comum ou no mesmo edifício de apartamentos), ou de banhos de sol para gente sem vestes adequadas. O bordel e a casa de tolerância podem ser ofensivos ao sossêgo, podem mesmo criar situação de insegurança para vizinhos; mas, em tais casos, o art. 554, *verbis* —sossêgo‖ e segurança‖, seria invocável pelo fato do elemento acidental. A *priori,* o bordel ou a casa de telerância não põe em risco a segurança, nem o sossêgo, nem a saúde, a que se refere oart. 554 (sem razão R.-

SCHMIDT, *Der negatorische Reseitigungsanspruch,* 61) : o que pode acontecer é que o valor do prédio, para alugar, seja atingido e se componham os pressupostos para invocação dos arts. 159 e 160, 1, □

2 a parte. Em todo

caso, cumpre advertir-se em que, no sistema jurídico brasileiro, se elevam à categoria de vizinhança a ofensa e a ameaça de ofensa à saúde e ao sossêgo, bem como à segurança pessoal, o que transformou em direito de vizinhança o que, noutros sistemas jurídicos, somente constituiria abuso do direito de propriedade-ou do direito de pesse. Esse ponto é da máxima importância, porque põe ao vivo a sensibilidade do direito de propriedade, no sistema jurídico brasileiro, e apresenta enormes consequências práticas.

A determinação da zona como fabril ou a permissão de fábrica a certa distância não exclui que possa alguém invocar o art. 554. Não se tira aos vizinhos a pretensão às medidas. que suprimam o elemento de ruido, ou de nocividade à saúde,.

que se possa evitar *(e. g.,* surdinas, chaminés mais altas, ~exaustores) ; nem a pretensão à indenização com fundamento no art. 554, se inevitável o elemento nocivo (sem razão, NOEST, .Zur Einschrãnkung des Nachbarrechts, Gruchots *Reitráge,* 60, 641). A pretensão às medidas de evitamento pode ser etercida mediante preceito cominatório. A indenização cabe ainda que seja contra repartição ou serviço do Estado *(e. g.,* ruido dos Correios e Telégrafos, reservatório do serviço de águas ou -esgotos, desprendimento de chispas dos trens, cf. O.

STRECKER, em G. PLANCK, *Komrnentar,* ~ 4ª ed., 268).

À indenização com base no art. 554 não se exige culpa por parte do responsável *(aliter,* se se indica o art. 159 ou o art. 160, 1, 2ª parte).

Quanto às enfermidades, tem-se de atender à localização dos prédios; e as leis sanitárias têm, aí, importante papel, por-_que dividem a

cidade ou região em zonas. Outrossim, o uso local, sendo de observar-se que qualquer internado pode opor-se ~ao estabelecimento de usos novos (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* ~ 27A-82.~ ed., 159) e o que era uso pode denºar de ser, nascendo pretensão à omissão dos atos antes permitidos (ação de abstenção).

Se na localidade há tolerancia de certa moléstia, ou de certas moléstias *(e. g.,* tuberculose), sem que, portanto, se possa invocar o art. 554, não tem o que com isso sofre qualquer reparação; salvo culpa (arts. 159 e 160, ~, 2ª

parte), como se o vizinho tuberculoso escarrava próximo ao reservatório comum de água.

A penetração de água ou de gases que nenhum dano produza, ainda em se atendendo à destinação do prédio, não é mau uso, no sentido do art. 554. Se, atendendo-se à destinação do prédio, há dano *(e. g,* o, prédio é para residência, e não para fábrica, em que também se produz grande barulho), configura-se espécie regida pelo art. 554. Não importa indagar-se se a destinação do prédio ofendido, no caso de penetração de águas ou gases, foi anterior ou posterior ao uso do outro; idem, em se tratando de ofensa ao sossêgo.

São exemplos de mau uso da propriedade vizinha: *a)* a queima de detritos, com produção de fumaça que invada as propriedades vizinhas, causando prejuízos pessoais e incômodos à saúde (4.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de julho de 1936, *R. dos T.,* 105, 759, *R. de II.,* 125, 473) ; *ti)* o badalar de sinos das igrejas sem necessidade de culto (2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 3 de junho de 1947, *R. F.,* 116, 432: —Os sinos das igrejas podem estar a ser- -viço do capricho dos homens, transformando-se em perturba- -dores do sossego dos vizinhos‖) ; o) as queimadas, a poluição de águas, os rumôres excessivos, os odôres fortes e outras. imissões que causem dano (4□ft. Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de julho de 1936, *R. F.,* 68, 568, e *1?. dos T.,* 105, 759) ; *d)* o denºar de cortar árvores que causem dano se o dano, sem o corte, é inevitável (8.8

Câmara Cível, 18 de outubro de 1949, *Á. .1.,* 95, 120) ; *e)* o ter apiário cujos incômodos que causa desgarram dos hábitos do lugar (2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 19 de maio de 1945, *R. F.,* 117, 188) ; *f)* construir ou mandar construir de 21 de janeiro de 1946, E. *dos T.*. 170, 748) ; *g)* qualquer imissão ofensiva ao sossêgo ou à saúde do vizinho (Câmara Cível do TribunaL de Justiça de Santa Catarina, 26 de abril de 1948, *R. F.,* 120, 513) ; h) o ter

açudes de que resultem casos de impaludismo nas vizinhanças (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de maio de 1928, *R. dos T., 67,* 118) ; *i)* haver enxurradas e barreiras devidas à elevação de nível ou aterros ainda se necessários à construção no prédio (3.8 Câmara Civil, 5 de outubro de 1930, E. *dos T.,* 76, 145) ; *1)* exceder a carga que a construção pode suportar, pondo em risco a vizinhança (não é de exigir-se culpa, inclusive imprudência, confusão com o ato ilícito dos arts. 159 e 160 do Código Civil, erro em que incorreu a 8.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de abril de 1931, *E. dos T.,* 78, 334) ; *k)* usar pulverizador de óleo, de-modo que se manchem ou impregnem paredes ou outras partes ou pertenças do prédio vizinho, ou objetos aí postos, como aí-faias, tapeçarias e mobiliário (3.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de abril de 1932, 84. 174); *1)* montar garagem, ou pôsto de gasolina ou lubrificação, ou de consertos de automóveis, em bairro residencial (2.~ Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1936, 108, 270) ter ou plantar árvores que sejam ruinosas ou prejudiciais aos vizinhos ou o possam ser (3.8

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de abril de 1940, 127, 123) ; *n.)* não aterrar o prédio na parte abanºo do nível da rua (2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de julho de 1943, 146, .629), ou não o rebanºar até onde evite dano aos vizinhos; *o)* fazer derivarem águas com detritos industriais ou agrícolas para a propriedade vizinha (3.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de outubro de 1943, E. *F.,* 99, 708; 4~S Câmara Civil, 1.0 de fevereiro de 1945, 103, 484) ; *p)* não murar o terreno na fanºa que não corresponde ao prédio com que confina no resto (4.8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1945, *E dos 2*"., 164, 229), pois não teria, na espécie, a ação do art. 588, *§* 1.0, ou *§* 32, o confinante; q) manter salões de bailes e clubes que façam algazarra (4□8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de julho de 1986, *A. J.,* 40, 271, E. F., 68, 568, *E. dos 2*"., 125. 473; 4□& Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1946, *E. dos 2*"., 163, 272), ainda que tenham licença para funcionamento; *r)* construir ou manter fossa junto ao prédio de outrem (2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agôsto de 1947, 171, 155) ; *s)* denºar de construir muro de arrimo para evitar invasão de águas pluviais (23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de setembro de 1949, *E. dos T.,* 182, 824) ; *t)* lançar pontas de cigarro, carteiras de cigarro, brinquedos de criança, papéis, fósforos, ou outros objetos, no prédio vizinho, de modo que causem danos, obstruam ralos ou calhas, quebrem telhas, ou manchem paredes, ou

simplesmente sujem o terreno alheio, não importando se foram crianças que os lançaram, ou hóspedes, ou convidados, uma vez que a responsabilidade fundada no art. 554 é independente de culpa.

(a)Segurança é, no art. 554, a segurança material e a moral. Não está seguro quem, razoávelmente, se sente inseguro. Tanto se pode tratar de insegurança para o prédio como para a pessoa que o habita ou o tem de frequentar. (b)Sossêgo é a relativa tranquilidade, o ter-se o que permite a normalidade da vida, com as horas de atividade e as de descanso, que hão de ser especificamente distintas. O ruído máximo, que se tolera, à noite, não é o ruído máximo que se há de tolerar de dia. Por isso, disse a 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 1.0 de junho de 1950 *(E. dos 2*‟*.,* 187, 693), sossêgo não quer dizer ausência de barulho. —O proprietário que produz ruído de sorte a incomodar seus vizinhos é obrigado a se abster de tais atos; o ruído, porém, que autoriza o procedimento judicial contra êle é o ruído excessivo ou anormal; tudo aquilo que as contingências do meio tornam inevitável deve ser suportado e tudo que ultrapassar êsse limite deve ser proibido‖ (3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de fevereiro de 1934, *E. dos 2*‟*.,* 89, 487). —Ninguém, sem dúvida, pode pretender, sob invocação do direito ao descanso, que tudo, em derredor, se imobilize e cale. Tem, todavia, cada indivíduo direito a impedir que os outros o incomodem em excesso, com ruídos insuportáveis, emanações prejudiciais à sua saúde e odôres nauseabundos. Muito importa, outrossim, ter em conta a natureza dos lugares, distinguindo uma cidade da outra, cada bairro segundo o seu destipo e, sobretudo, não esquecer a pré-ocupação, ou seja a anterioridade de pesse‖ (43 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 25 de setembro de 1935, *E. dos 2*‟*.,* 103, 600, com influência, aliás, de leituras de livros italianos a que falta regra jurídica como a do art. 554). t de observar-se, a respeito do que aí se diz, que a pré-ocupação não é elemento decisivo e só tem significação como elemento de destinação local: —A teoria do direito da pré-ocupação, como causa elisiva da responsabilidade, ideada por DEMOLOMBE, não encontrou o apoio de ninguém. Mas a pré-ocupação celetiva pode não só elidir a responsabilidade como servir-lhe de fundamento. Assim, quem fosse construir sua residência em bairro coberto de fábricas e chaminés não poderia, certamente, quenuar-se dos inconvenientes da vizinhança. Mas quem, como o apelante, escolhe bairro exclusivamente residencial, como Higienópolis, para montar pôsto de lubrificantes, limpeza de automóveis e fornecimento de gasolina, é obrigado a compor os danos, que causar com a violação dos deveres de vizinhança. A pré-ocupação celetiva, imprimindo ao local o caráter exclusivamente residencial, determina e fundamenta a

responsabilidade de quem vai ai estabelecer negócio ou indústria estranha ao uso habitual da propriedade nessa zona‖ (23 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1936, *R.dos 2*‟*.,* , 270). Claro está que o morador de recanto sossegado tem ação contra quem, com a instalação de indústria, lhe vem perturbar a paz e a comodidade (43 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de janeiro de 1943, 143, 609). A 63 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de outubro de 1947 *(E. dos* 7‘., 172, 693), disse, com toda pertinência: —Nenhum vizinho tem direito de produzir os danos, as importunacões, os incômodos, o desassossêgo e o perigo que entender? só porque ocupou a vizinhança antecipadamente, fazendo tábula rasa do direito alheio e da legislação reguladora da boa convivência entre proprietários confinantes ou próximos. Se o barulho é demasiado, ou se a lei proibe o incômodo, o proprietário não pode valer-se da anterioridade do seu estabelecimento, ou atividade, para continuar molestando o próximo. A liberdade que existia de abalar o solo, causar ruídos ensurdecedores, envenenar a atmosfera, poluir as águas, aterrar ou inundar a superfície, quando o industrial vivia só no seu lugar, deve cessar quando surge o direito de vizinhança e quando interfere com o direito de vizinho que depois se instalou, porque as liberdades primitivas cessam quando surgem a vida social e a civilização, trazendo consigo direitos alheios, que devem ser respeitados‖.

Têm-se de ter em conta o uso local, a natureza e a situação do imóvel e o que se há de apurar é se sp excede a medida ordinária de suportabilidade (õ.a Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo. 16 de dezembro de 1936, *E. dos 2*‟*.,* 106, 208).

O sossêgo não é perturhável apenas pelo som. Também o é pela luz, pelo cheiro, por apreensões e choques psíquicos, ou outros motivos de inquietação.

—Quanto à observância dos regulamentos administrativos, ao fazer-se a construção, é doutrina corrente que isso não altera a responsabilidade civil. A autorização administrativa‖ aliás, licença —é dada sob reserva implícita de não serem lesados os direitos alheios; e só tem o efeito de isentar o proprietário da responsabilidade penal, em que incorreria, se levasse a termo a obra, sem a devida licença e observância dos preceitos regulamentares‖ (23 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1936, *E. dos 2*‟*.,* 103, 270). Por iss& mesmo fugiu aos princípios, a □

1 a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de abril de 1943, quando, embebida de leituras sôbre sistemas jurídicos

inferiores ao brasileiro, acentuou: —Enquadra-se no poder de policia do Estado o direito de autorizar o funcionamento dos chamados *danoings* e c *abarets.* Em São Paulo, êsse direito se acha regulamentado e foi com observância das normas em vigor que as autoridades competentes deram permissão para a abertura do Grill-Room Tropical no prédio que os réus haviam, para tal espécie de diversões, tomado em locação e convenientemente adaptado O estabelecimento em aprêço, funciona, portanto, de acordo com os dispositivos legais que lhe são aplicáveis. Se daí resultam incômodos aos moradores do prédio contíguo e prejuízos ao proprietário, nem por isso terá o último ação para reclamar o fechamento da casa‖. O voto vencido apontou a matéria de fato e invocou, acertadamente, o art. 554: —O exame pericial procedido, as testemunhas inquiridas e as demais provas dos autos demonstram que o barulho produzido durante o funcionamento do Cabaret Tropical, que é o natural das casas de diversões do gênero, prejudica o sossêgo dos habitantes do Edifício Banharão, principalmente tendo-se em vista o horário do funcionamento do *cabaret,* das 23 horas de um dia às 4 do dia seguinte. O barulho é ouvido em diversos apartamentos, especialmente nos situados ao lado do *cabaret.* O fato de estar o prédio situado em via pública de intenso movimento diurno e noturno, com os ruídos causados pela passagem de veículos de transporte, não faz com que os seus habitantes sejam obrigados a suportar outros barulhos que não são estritamente indispensáveis à vida de uma cidade. Além desse barulho, outros prejuízos advêm ao sossêgo e saúde dos habitantes do prédio do autor pela permanência da casa de diversões dos réus na vizinhança, e resultam eles dos incidentes que se dão no *cabaret* entre os seus fieqüentadores, um dos quais foi presenciado pelo perito judicial e pelo assistente técnico do autor, como relatam em seus laudos. Isso, sem se falar dos inconvenientes de contigilidade da residência de família com um *cabaret,* sôbre os quais não é preciso descer-se a minudências. Verdade é que os réus só estabeleceram o *cabaret* depois de obtida a necessária licença das autoridades administrativas. Isto, porém, não impede que o autor, não tendo conseguido dessas autoridades remédio ao seu direito violado, recorra ao Poder Judiciário. O fechamento do *cabaret* constitui obrigação de fazer, imposta aos réus; o seu não cumprimento acarreta a indenização de perdas e danos‖. O réu reclamara à Secretaria de Segurança Pública, que mandara arquivar o pedido. Acrescentou o voto vencido: —Como o funcionamento do *cabaret,* no caso, está autorizado pelas autoridades administrativas, discute-se nos autos se é possível ao Judiciário ordenar seu fechamento, pleiteado pelo autor‖. E rebateu os argumentos do acórdão:

—Convenho... com FILADELPO AzEvEDo e PONTES DE MIRANDA, que tal critério, perfeitamente compreensível e justificável naqueles países em que, como na Franca e na Itália, não existe dispositivo legal expresso a respeito e a matéria tem sido obra da construção dos tribunais, não pode prevalecer no Brasil. Entre nós, observa FILADELFO AZEvEDO, a solução há de ser mais ampla, cabendo ao Judiciário apreciar se a autorização administrativa foi regularmente concedida e impor o veto ao funcionamento prejudicial. Não só é isso conseqüência da interdependência dos poderes, como decorre do art. 554 do Código Civil, em sua função preventiva, cuja falta, na Itália, 1'. BONFANTE tanto deplora, considerando que o instituto do dano infecto, como o delinearam os Romanos, sem dependência de culpa, foi ventilado no direito moderno, especialmente italiano (*Destinção do Imóvel,* 162, n. 34). E PONTES DE MIRANDA *(Manual do Código Civil,* XVI, 4□~ parte, 300) :

—Ainda quando tenha havido autorização administrativa, regular ou não-regular, pode o ofendendo ou ofendido pedir que se lhe evitem ou reparem os danos‖. O fato, pois. de ter sido aprovado, pelas autoridades administrativas, o funcionamento do c *abaret* em aprêço não seria, em tese, mo!ivo impediente para a propositura da ação, tal como foi proposta e formulada‖, O acórdão atribuiu aos atos normativos da administração ou administrativos poder de limitar ou restringir o conteúdo do direito de propriedade, como se a Assembléia Legislativa do Estado-membro e, *in oasu,* o próprio Poder Executivo pudessem legislar sôbre direito privado e dispensar, em matéria de deveres de vizinhança, a responsabilidade.

(c)Saúde é, no art. 554, a saúde do que habita, ou tem de frequentar o prédio, ou de qualquer ser, que viva no prédio, se pode aí ser alojado.

O ponto fraco da jurisprudência (e urge corrigir-se o erro grave) é nº em que cogita de apuração de culpa em matéria de dano causável ou causado pelos vizinhos, no uso da propriedade *(e. g.,* 33 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1931, *E. dos 2*"*.,* 78, 834; 43 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 25 de setembro de 1985, 108, 600; 43 Câmara Civil do Tribunal de'Apelação de São Paulo, 29 de março de 1989, 122, 157; 43 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1945. 164, 229). A responsabilidade, nas espécies do art. 554, é independente da culpa (23 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 21 de janeiro de 1946, *E. dos 2*"*.,* 170, 748; 83 Câmara Civil d.o Tribunal de Justiça de São Paulo, 5

de outubro de 1930, 76, 145).

Foram nocivos à jurisprudência livros estrangeiros que não correspondem ao nível do Código Civil brasileiro e confusões entre a regra jurídica do art. 554 e a do art. 159 ou do art. 160, ~, 23 parte, *ex argumento.* Alguns livrinhos brasileiros, sem responsabilidade científica, chegavam a exigir dolo ou culpa. Exemplo típico~de acórdão contra a letra da lei, em que o juiz da sentença e o relator parecem que estão a decidir em alguma província francesa, é o da 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de maio de 1947 *(E. dos 2*"., 168, 284) : nêle, percorreu-se a doutrina francesa, em suas divergências e propensão a discussões literárias, e acaba-se por adotar, por simpatia, a teoria da culpa, e não se leu, sequer, o art. *554* do Código Civil brasileiro.

2.CAUÇÃO DE DANO INFECTO, DEMOLIÇÃO, REPARAÇÃO. No art. 555, o Código Civil deu ao proprietário do prédio direito e pretensão a que o dono do prédio vizinho proceda à demolição ou à reparação, quando haja *ameaça* de ruína, e a ação de caução pelo dano infecto: ___O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando êste ameace ruína, bem corno que preste caução pelo dano iminente‖. (O possuidor tem a caução ao dano a vir, como o proprietário. Tê-la-ia, ainda antes do Código de

Processo Civil, art. 302, VII, no qual a ação cominatória compete: —Ao proprietário ou inquilino do prédio, para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, e sossêgo ou saúde dos que o habitam‖.> A ação de dano infecto tem como pressuposto a futuridade do dano. As outras ações fundadas nos arts. 554 e 555 são prescritiveis, se o dano é à coisa e não ao homem, no prazo do art. 178, *§* 10, Nº (art. 177; Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0), inclusive a ação de abuso do direito (art. 160, 1).

Quando as leis de direito público estabelecem alguma exigência de ordem espacial, como se proibem construção de edifício a certa distância do limite do terreno *(jus interstitii,* direito de interstício), ou fnºam distância à instalação de esterqueiras, fornos, estábulos, cloacas, chaminés e depósitos de inflamáveis, fazem-no no interêsse público. De regra, estão dentro do que a lei de direito privado edictou no art. 554. A regra jurídica do art. 554

atribui, em geral, ao proprietário ou possuidor a *pretensão a impedir* (art. 554, *verbis* —o direito de impedir‖).

Qualquer daqueles atos é imissão inadmissível, incursão proibida na esfera jurídica alheia, aí incursão na propriedade imobiliária.

O fato de permitirem as leis de direito público que se instalem indústrias ou serviços em lugar em que não as havia, ou não os havia, ou eram proibidos, de modo nenhum basta para se entender que cessou o direito de proibição *(me prohibenxli).* A permissão somente pode entender-se para eficácia no plano do direito público.

Enquanto não se constrói a instalação, o direito de proibição exerce-se em pretensão dirigida ao vizinho para que se abstenha da construção. Se já foi construída, a pretensão é à demolição. A pretensão persiste ainda que o proprietário ou possuidor da instalação prometa, judicialmente, não a utilizar, ou se o promete e se prontifica a dar caução de adimplir o prometido.

A pretensão oriunda do art. 554 é, no direito brasileiro, prescritível. Não se pode, todavia, exigir que o vizinho se haja oposto à construção. A tolerância não dá ensejo a objeção, como acontece a propósito de janela, sacada, terraço, ou goteira (art. 576).

A pretensão do proprietário contra o vizinho é independente de toda culpa do dono do prédio com vicio de construção, ou não conservado devidamente. A pretensão é preventiva (art. 555, *verbis* —direito a exigir‖, —quando êste ameace ruína‖) nela está incluída a pretensão à caução *damni infecti,* porém a extensão da pretensão preventiva é maior, porque por ela se pode exigir a demolição ou reparação necessária antes de qualquer dano.

O art. *555* só se refere ao proprietário, porque se trata de limitação ao —conteúdo do direito de propriedade‖

(portanto, a pretensão é conteúdo do direito de propriedade sôbre o imóvel ameaçante). Mas é de advertir-se em que a pesse tem o mesmo conteúdo, de modo que o possuIdor tem a ação para exigir aquelas medidas preventivas que o proprietário poderia exigir *(E.* KOBER, *J. vou Staudingers Kommentar,* III, 269; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch, ~* 27Y-82.~ ed., 162; mas sem razão:

O. PLÀNÇK, *Komment ar,* III, 285; J. BIERMANN, *Sach,enrecht,* 156; E. MAENNEII, *Das Sachenrecht,* 165).

Não é possível restringir-se a pretentao preventiva ao proprietário, ao condômino, ao comuneiro de edificio de apartamentos, ao usufrutuário, ao usuário e ao habitador; tem-na também o possuidor.

A caução de dano infecto já era, no direito anterior, exercível pelo possuidor.

Quanto à legitimação passiva, a pretensão é dirigida contra o proprietário, o usufrutuário, o usuário ou o habitador, se se invoca o art. 555; porque a pretensão é inconfundível com a pretensão geral à prevenção. Porém, por se tratar de limite a conteúdo da propriedade, à possuidor há de *tolerar* as medidas e, se as tomar de moto próprio, não procede contra direito, ainda que o faça contra a vontade do proprietário. Se as reparações foram confiadas a outrem, *e. g.,* empreiteiro, ou administrador, há solidariedade.

Ao vizinho que tem o dever de demolir ou de reparar não cabe dizer quais as medidas adequadas.

Pode ocorrer a prescrição da pretensão real oriunda da incidência do art. 555 ou do art. 554 sem que prescreva a pretensão pessoal por ato ilícito com culpa (arts. 159 e 160, 1, *2.*~ parte).

Se há dois ou mais obrigados, há, sempre, solidariedade

(J.BIERMANN, *Sachenreokt,* 156); não se podendo invocar o art. 896, que só se refere ao direito das obrigações e aqui já se supôs haver pluralidade de obrigados (cp. art. 896, parágrafo único). Se não há proprietário, ou possuidor, tem o dono ou possuidor do prédio a que pode atingir o desmoronamento ou o estado de má consumação do prédio a auto-defesa com invocação do art. 160, II, e a pretensão à ajuda das autoridades policiais (K. KOBER, *J. v. Staudingers Komment ar,* III, 270>. Ainda se há proprietário, ou possuidor, o art. 160, ii, é invocável, se não há tempo para se exercer, perante êle, a pretensão preventiva.

O autor tem de alegar que há o risco para si e provir de recente obra, ou a fazer-se, ou de mau estado de construção ou de conservação do terreno.

A caução pelo dano infecto está explícita no art. 555, concernente ao prédio que ameaça ruína. Discute-se se, somente no art. 555 se havendo cogitado da caução *damni infecti,* se há de admitir tal pretensão à segurança quando à espécie caiba no art. 554, porém não no art. 555. Negativamente, porque a lei só a mencionou nos arts.

529 e 555, para obras e para a espécie do prédio que ameaça ruína, a 1~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 12 de novembro de 1945 *(1?. dos T.,* 160, 740), e, antes, a □

4 a Câmara Civil da Côrte de Apelação de

São Paulo, a 21 de janeiro de 1936 *(E. F.,* 67, 183), que parece só ter visto a espécie do art. 529. Afirmativamente, a 4ª Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 16 de setembro de 1986 *(E. dos 2*"., 109, 700) : —. . .o proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam e o de exigir o primeiro, do dono do prédio vizinho, a demolição ou reparação quando êsse ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente. Mas o pedido de caução tanto pode ser acessório como principal. Se o proprietário, ou inquilino, tem o direito de impedir o mau uso da propriedade, nisso se deve compreender o de exigir a segurança necessária contra o eventual prejuízo, ameaçado pela atividade nociva do vizinho. O direito de pedir caução é forma em que se exterioriza a ação de impedir o mau uso da propriedade. A permissão de tal pedido como principal ou autônomo, consagrada na tradição de nosso direito (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações, §* 90) e aceita expressamente pelo Código Civil no art. 529, atende ao ideal mais perfeito da lei no sentido de antes evitar o mal do que reparálo‖. Não se tem de discutir se a caução *damni infecti* conseqüências compete nas espécies dos arts. 529 e 555; a lei é explícita. O que se há de indagar é se cabe nas múltiplas espécies de que cogita o art. 554.

A questão logo se resolve com o art. 302, VII, do Código de Processo Civil, que deu toda a generalidade possível à pretensão à caução de dano infecto, na ação de cominação. Aí, a caução de dano infecto é medida que se pede, cominatôriamente, tal como a concebeu o art. 804, e não necessária, pois o dano pode ser iminente desde já, ou prever-se, porém não iminente. Tem-se, portanto, de cominar que o réu sofra a reparação feita pelo autor, à custa do réu, ou que seja demolido o prédio, à custa do réu, ou que preste caução (se desde já iminente o dano). Três condutas, sendo as duas primeiras à escolha do réu. Êsse n~ç se defende alegando não ter culpa, pois a culpa não é pressuposto do art. 302, VII, do Código de Processo Civil, nem do art. 555 do Código Civil. A escolha da reparação, em vez da demolição, depende da eficiência daquela. A caução do dano ainda ~não feito pode ser pedida desde logo, se iminente o perigo; ou denuar-se para depois quando se der a iminência. Nada obsta a que o autor peça e o juiz ordene que, além de demolir ou reparar, o réu preste a caução; porque, no meio tempo ou com a reparação ou com a demolição, pode vir a sofrer danos o autor.

Quanto à caução pedida como medida de segurança ou cautelar, sem o caráter, portanto, de condenação em cominatória, o Código de

Processo Civil deu-lhe a maior largueza possível, porquanto só se lhe exigiu satisfazer um rios pressupostos do art. 675. Disse o art. 676: —As medidas preventivas poderão consistir: IV. Na prestação de cauções~~.

A pretensão à segurança, nas espécies do art. 675, II, combinado com o art. 676, IV, é *principaliter,* de modo nenhum limitada às espécies do art. 529 e 555 do Código Civil. CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* ed. de 1918, *§* 215, 229) foi claro:

—Compete. .. em todos os casos em que o autor tenha justo temor de algum dano causado por vicio da obra ou por fatos do seu vizinho‖.

8.As TRÊS AÇÕES PRINCIPAIS. A lei civil dá, além da caução, evidentemente, as duas ações, conforme a espécie: a ação de reparação do prédio e a de demolição, se beni que somente fale de direito de exigir (direito e pretensão). No direito romano não havia tais ações; só havia a *cautio damni infecti.* Deu-se a caução exatamente para que a pretensão não ficasse de todo sem acionabilidade: antes dela, a pretensão era desprovida de ação.

Acontecia aos Romanos o mesmo que a eles e a povos contemporâneos ocorre quanto à ação executiva do art.

1.006 do Código de Processo Civil. A ação cominatória do art. 302, VII, do Código de Processo Civil, toma o caráter de executiva (art. 305, *§* 2.0), conforme o art. 304, *§* 3Y. De modo que a ação de preceito cominatório do art. 302, VII, satisfaz, plenamente, o princípio de que a toda pretensão corresponde ação.

A condenação, na ação de que se cogita no art. 554, pode ter como conteúdo fazer cessar o dano ou o risco, ou prestar-se a indenização. Só se não proibe a própria fonte do dano, *e. g.,* utilização do imóvel como cabaré, ou salão de baile, quando há direito a tal destinação, devido ao local; se tal acontece, tem de ser indenizado quem com o dano ou a ameaça de dano tenha imissão no seu bem. Ainda que o prédio vizinho não caia, cabe indenizar-se o risco, em si, que é elemento negativo, permanente, do valor do prédio ameaçado, até que o. risco desapareça. A indenização é, então, em forma de renda.

O juiz pode condenar ao uso do prédio em horas diferentes (5.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de janeiro de 1948, *E.* dos 2‘., 172, 284: —Não se interdita a exploração industrial por incômodo a vizinho quando pode ser tolerada pela execução das obras e fnºação de horário para funcionamento das máquinas de

acordo com o uso local‖).

O risco que já existe pode ser agravado pela obra do vizinho, ou pelos atos do vizinho. Não se pode, *a priori,* dizer que o concorrer para agravar-se o risco não seja ofensa ao vizinho, corno fêz a 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de agôsto de 1949 *(E. dos 2*"*.,* 182, 666)

§ 1.541. ÁRVORES LIMÍTROFES

4.LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO E vEDAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO.

Já distinguimos *(a)* a *limitação* ao conteúdo do direito da propriedade, que necessariamente circunscreve o direito real do dono, do usufrutuário, do usuário, do habitador e do credor anticrético, ou o direito dos possuidores sem direito real, como o locatário, pela coexistência das causas, e *(b)* o *abuso do direito.* A ação fundada em direito que corresponde a alguma limitação da propriedade tem base *real,* é ação de direito das coisas; a ação de abuso do direito, não, é *pessoal.*

5.RITO COMINATORIO. OUTRAS PRETENSÕES, AÇÕES E REMEDOS.

A ação de demolição ou de reparação não fica dependente do rito cominatório dos arts. 302, VII, e 304 do Código de Processo Civil. Primeiro, porque o dano pode ser de tal maneira iminente que não haja tempo para cominação, prazo e mais atos processuais; segundo, porque o rito cominatório é especial. Ocorrido o dano, a ação adequada é a de indenização. Se ainda há ameaça de novos danos, não podem ser cumuladas as ações de indenização pelo dano feito e o pedido de caução *damni infecti,* pela diversidade de rito processual; mas nada obsta a que se processe, incidentemente, a caução, nem a que se proponham, separadamente, as duas ações. Se houve ofensa de pesse, o proprietário ou o possuidor do prédio pode restaurar, por sua própria fôrça, —contanto que o faça logo‖ (Código Civil, art. 502), o estado anterior. Esses atos não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da pesse (art. 502, parágrafo único). A ação possessória, *executiva* que é, pode conter pedido de demolição, ou de remoção de materiais~ ou qualquer outro adequado à situação.

§ 1.541. Árvores limítrofes

1.PARTES INTEGRANTES DOS PRÉDIOS. As árvores são partes integrantes dos prédios. Por isso, (a) ou são fora da linha de limites, ou *(b)* irrompentes do terreno de um prédio. se lançam, desde o tronco, para o outro lado da linda, ou (o) são exatamente na linha lindeira, servindo, ou não, de marco, ou *(d)* são *sobre* a *linha,* isto é, parte num prédio e parte noutro, ou *(e>,* erguidas num terreno, estendem para o outro os galhos e ramos, ou as raízes.

2.CASOS MAIS SIMPLES. Nos casos (a) e *(e),* a árvore é do proprietário do terreno em que ela se ergue, e só êle pode *usá-la* (no sentido largo) e sôbre ela tem o direito de *abusus.* Superfície cede ao solo e, erguida, é parte integrante do prédio.

3.IMISSÃO NO TERRENO DO VIZINHO. No caso *(b), a* árvore é propriedade do dono do terreno, porque é parte integrante, mas acontece que há imissão no terreno vizinho, desde parte do tronco. No art. 558, o Código Civil estatui: —As raízes e ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do prédio poderão ser cortados, até ao plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido‖. A regra jurídica só alude a raízes e ramos, não a parte do tronco. Mas está claro que o caso pode acontecer, se a árvore se encurva desde cedo. No norte do Brasil ocorre isso, frequentemente, aos coqueiros. Se isso se dá, não pode o vizinho invocar o art. 558; quer dizer não pode cortar o tronco (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 131) ; apenas se lhe facultam a ação de indenização, a de cominação segundo o art. 302, VII, ou a possessória adequada, ou, ainda, a ação declaratónia do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. ÁRVORE COMUM. No caso *(d),* a árvore é árvore -meia, como a parede-meia; cada um dos proprietários é dono da metade, mas em corpo indivisível. Preste-se bem atenção à figura: em vez da parte indivisa, que faria ambos serem donos de toda a árvore, ou da parte divisa sem dificuldade na divisão *(e.* g., apartamento), cada um é dono de parte divisa em corpo indivisível. A separação entre os dois prédios, coisas independentes, permite essa *linha de divisão* na árvore indivisível como tal. Cada proprietário é proprietário de parte na árvore. Em todo o caso, a conexão física, com certas conseqüências de interêsse comum, *força* as leis e a doutrina a pensarem no regime a que há de obedecer a comunhão de direito, tais como o art. 557 do Código Civil (—Os frutos caídos de árvore de terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caírem, se êste fôr de propriedade particular‖). À

alimentação especial da árvore não se referiu o texto e temos de decidir que os dois concorrem por igual (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* ~ 273-ed., 176). Tal como aconteceria com o muro comum, que se houvesse de consertar.

O que acima se disse sôbre árvore comum a dois prédios incide quanto à árvore comum a três ou mais, isto é, a árvore que fica no vértice de três ou mais terrenos.

5.GALHOS E RAMOS. No caso *(e),* a árvore é parte de um só, ou de dois, ou mais prédios, porém não é parte do prédio vizinho sôbre o qual se estendem o tronco e os galhos ou só os galhos. O proprietário do prédio que sofre a imissão tem o direito negativo e o direito positivo de vizinhança, que estão, respectivamente, nos arts. 558 e 557

do Código Civil. Negativo (art. 558) —As raízes e ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do prédio poderão ser cortados, até ao plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido‖. Positivo (art. 557) —Os frutos caídos de árvore de terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caírem, se êste fôr de propriedade particular‖.

As raízes e os ramos ultrapassantes podem ser cortados pelo vizinho à linha divisória, ou em qualquer outra linha do seu terreno. Trata-se de direito de vizinhança. ~ Qual a natureza desse direito? A árvore é parte do terreno em que se ergueu; o vizinho não é dono dela. Tal o pressuposto. Não há, aí, só a ação *negatória* pela qual o vizinho pedia que ao dono da árvore fosse feita a cominação de cortar as raízes ou os galhos invadentes, ou pagar o prejuízo causado, nem, tão-pouco, o *interdictum de arboribus cuedendis,* para que o dono da árvore sofresse o corte das raízes ou dos galhos dela. Já há o *direito* de cortar.

6.DIREITO DE CORTE E DE APROPRIAR-SE. O vizinho, no sistema do Código Civil, art. 558, que também é o do Código Civil alemão, *§* 910, tem o *direito de cortar* e de se *apropriar* do que cortou (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 162). O direito de cortar é direito formativo dependente, porque faz parte do conteúdo do direito de propriedade e corresponde à *limitação* sofrida pelo direito de propriedade do outro prédio. O usufrutuário, o usuário, o habitador e o possuidor o têm.

O problema da árvore que deita raízes ou estende ramos no terreno vizinho pôs-se como problema de técnica legislativa suscetível de soluções dispares: *a)* poder de plantar, ou de denºar crescer a árvore, sem que o dono do terreno vizinho pudesse alegar a invasão, ou defender-se, ou cortar, por direito próprio, as raízes ou os galhos; o poder de plantar ou denºar crescer a árvore, desde que as raízes ou os galhos não ultrapassem a divisa, portanto dever de cortar as raízes ou os galhos que vão invadir o terreno alheio, com a responsabilidade pelos danos que a infração do dever cause; *o)* poder de plantar ou de denºar crescer a árvore, podendo o dono do terreno vizinho exigir o corte, ou a indenização; *d)* poder de plantar ou de denºar crescer a árvore, podendo o dono -do terreno vizinho cortar as raízes ou os galhos invadentes; *e* a solução *e)* mais a ação negatória quando as circunstâncias a apontem ou a tornem indispensável *(e. g.,* só poderem ser cortadas as raízes ou os galhos pelo lado do terreno invadente).

A solução é germânica; e refletiu-se no Sachsenspiegel <II, art. 50: —Wer zãunet, der soll die Aeste von den Zaunruthen in seinen Hof kehren‖>, no Weichbild de Magdeburgo, arts. 125 e 126 (cf. F. ORTLOFF, *Das Rechtsbuch nach Distinktionen,* 118) e noutros documentos legislativos (C. A. WEISKE, *Handbuoh. des allgemeinen deutschen Landwirtschaftsrecht, 79,* G. EMMINGHAUS, *Pandekten,* 440 5.; A. B. ScnMmT, *Das Recht des tYberhangs und t7berf alies,* 39-104).

É natural que, formada a teoria da propriedade do espaço aéreo, se discutisse se havia de preponderar o direito do espaço invadido ou o direito da árvore invadente. Em 1765, G. F. KRAUSE *(De Jure iii. arbores vicini,* 14) sustentou que o fato de ter denºado o dono da árvore que ela se lançasse para o terreno vizinho já significava que aquiescia em perder os ramos ultrapassantes, adquirindo-os o vizinho, dono ou possuidor. Tal interpretação do fáctico o negocializaria, quando, em verdade, o suporte fáctico do fato jurídico de que se irradia o direito de vizinhança apontado no art. 558 de modo nenhum contém elemento psíquico. Trata-se de fato jurídico *stricto*

 sensu. Nenhuma vontade, expressa ou tácita, se supõe; nem importa

se o dono da árvore tudo fêz para que os ramos (ou as raízes) não ultrapassassem os limites do terreno (cp. H. ORTIOFF, Rechtsschutz betr. tTberhang, tYberfall, Grenzbaum im Nachbarrecht, *Archiv fUr BUrgerliches Redil,* 17, 260).

O art. 558 supõe que se pôs no sistema jurídico a regra de que as raízes e ramos de árvores que ultrapassam a extrema do prédio pertencem ao prédio em que existe a árvore. Têm-se, portanto, como regras jurídicas: —A árvore que nasceu 011 Se plantou no terreno é pertencente ao proprietário dele. ainda quanto aos galhos e raízes que invadam o espaço e o saio do terreno vizinho. Nascida no terreno, ou nêle plantada, entende-se a que emergiu dele‖. O art. 555 cria, a favor do espaço ou solo invadido, direito de vizinhança, que é o *direito* (germânico) *de cortagem* e *apropriação* (cf. O. voN GIERXE, *Deutsches Privatrecflt,* li, *§* 126, nota 48). O proprietário do prédio vizinho pode cortar as raízes e os ramos, sem precisar alegar dano, nem se precisar de que dano exista *(aLter,* no direito alemão, *§* 910, alínea 2~a, onde se pré-exclui o direito de cortar e, pois, o de apropriar-se se não há prejuízo para o terreno invadido).

O direito, que nasce ao proprietário do fundo invadido, é direito dependente (incluído no direito de propriedade), porque está —contido‖ na propriedade: a êle corresponde dever de vizinhança, por parte do dono da árvore (limitação ao conteúdo do direito de propriedade do dono do terreno em que está a árvore). Por isso mesmo, o possuidor pode exercê-lo, porque a pesse tem o mesmo conteúdo que a propriedade. O titular do direito de cortar tem o direito de apropriação, como direito contido no de propriedade (ou no direito de pesse). O possuidor que corta, torna pesse do que cortou. Se a raiz ou ramo passa a pertencer-lhe é questão que só se há de decidir a *nosteriori,* quanto às relações entre êle □ e o proprietário.

Alguns juristas vêem no direitb de cortar e aprepriar-se direito à auto-defesa *(Selbsthilferecht),* e não pretensão a cortar a raiz ou o galho (G. PLANCK, *Komrnentar,* III, 289; H. DERNEURO, Das *Riirgerliche Recht,* III, 279; J.

BIERMANN, *Saohenrecht,* 159; F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 163; contra: GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das Biirgeriiche Gesetzbuch,* II, *§* 12, e MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 159). Outros, pretensão a cortar e apropriar-se. Há o direito e a pretensão; porém atribuir-se nº o ser direito de ajuda própria (art. 160, 1) é fruto de confusão entre o plano do *ins condendum* e o plano do *ius conditum.* No plano do Código Civil, o direito é formativo. Não importa se havia o problema, *de iure*

condendo, de se —defender‖ o proprietário das raízes e dos galhos invadentes.

O titular do direito tem, a fortiori, a pretensão à intimação ao que é dono ou possuidor do prédio onde nasceu a árvore para que a corte, dentro de certo prazo. No direito brasileiro, tal prazo é apenas de cortesia ou de condescendência, ou de graça, mas por êle fica vinculado o intimante: não poderá cortar as raízes ou galhos, ou as raízes e os galhos antes que o prazo decorra. Não há direito do intimado a que o juiz fnºe prazo maior. Os prazos supérfluos são puramente a líbito de quem os determina; poderia ter cortado raízes e galhos desde logo, sem qualquer processo judicial. A despeito de se ter a regra jurídica do art. 558, que se prende ao velho direito alemão, pois o direito romano e o comum não a tinham, continuou, no direito brasileiro, de ser exercivel a ação negatória *(negutona actio)* para se exigir que o vizinho corte os ramos ultrapassantes, ou as raízes invadentes. O direito comum tinha o *interdictum de arboribus cuedendis,* para que o dono da árvore permitisse ao impetrante cortá-la.

Hoje, seria de todo supérfluo; nem se justificaria senão como ato de pura cortesia, o que seria contraditório com a interdição. (De passagem, observemos que o *interdictum de arbonibus caedendis,* L. 2, D., *de arbonibus caedendis,* 43, 27, só tinha eficácia obrigacional.) Hoje, a ação negatória pode ser usada com toda indicação técnica, porque há casos em que não bastaria que o dono do prédio invadido cortasse as raízes e os galhos *(e. .q.,* os galhos comprimem as vidraças; ou as raízes se insinuam nos alicerces sem poderem ser cortadas do lado do terreno invadido; ou se trata de planta que envenena o gado ou outra criação). Daí ter-se de repelir a afirmação de que se extinguiu, com o art. 558, a pretensão negatória (C. MEISNER-li. STERN, *Das iv, Preussen geltende Nachbarrecht,* 225; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 159; sem razão, O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 43 ed., 2S9, e 1 <. ROBER, *J. v. Staudingers Kommeni ar,* III, 274).

7.NENHUM PRESSUPOSTO DE DANO. FoNm GERMÂNICA. Não é preciso ter havido dano; o direito existe ainda em geral. Mas, se lhe falta algum dos pressupostos, não adquire o vizinho os pedaços cortados, nem se livra de ressarcir o prejuízo causado.

No direito alemão, de onde nos vem o art. 557, o Código Civil, *§* 911,
□

2 a parte, exclui da regra os frutos que caem

sobre terreno destinado ao uso público. O mesmo foi dito no art. 557. Assim, aliás, desde o Projeto primitivo, art.

645. A razão está em que as leis de direito público têm de resolver sôbre frutos caídos em tais lugares, e não o Código Civil.

O art. 557 afasta, em parte, o interdito de *glande legenda,* que se usava no direito comum e foi direito nosso (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 218), com base na L. única, D., *de glande legenda,* 43, 28

(ULPIANO): —Ait praetor: ‗Glandem, quae ilíjus agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto'. Glandis nomine omnes fructus continentur‖. Disse o pretor: ‗Vedo que se faça violência a alguém para que não recolha e leve, cada terceiro dia, o que de campo dele caíra sôbre o teu'. Na denominação de

—glandis‖ compreendem-se todos os frutos‖.

No direito alemãs, raciocinou-se de outro modo: —Quem tem as gotas ruins também deve ter as boas‖, —O que cai por cima da cêrca é do vizinho‖: *Wer deu bõsen Tropfen geniesst, geniesse auch deu guteu.* A regra sempre se restringiu aos frutos que caem. Sem se apurar a causa de haverem caído, nem a culpa de alguém.

8. FRUTOS. Os frutos das árvores caídos no terreno vizinho eram, em direito romano e em direito comum, do proprietário da árvore: o vizinho, em cújo terreno caíam, tinha de permitir a entrada do dono dos frutos, *tertio quo que die,* para os apanhar; e ao proprietário da árvore cabia o *interdictum de glande legenda,* com eficácia só obrigacional (L. única., D., *de glande legenda,* 43, 28). Discutiu-se se —tertio quoque die‖ se havia de entender um dia sim e outro não, ou se passados dois dias (hoje, sim; amanhã, não; depois de amanhã, também não).

O direito, de que se trata no art. 557, é o direito aos frutos ~caídos, o *"tiberfallsrecht".* Somente concerne a frutos das árvores e supõe ter havido a queda. Não importa se caíram naturalmente (o Código Civil francês, art. 673, fala de —fruits tombés naturellement de ces branches‖, o que restringe demasiado), ou se por fato da autoridade pública que corta os galhos ultrapassantes, ou por fato de terceiro.

O art. 557, de fonte germânica, dá a propriedade, *se caíram,* ao dono do terreno invadido pelos frutos (não necessariamente pelos galhos). O fundamento está no brocardo —Wer den bdsen Tropfen geniesst,

geniesse auch den guten‖ (Quem traga as gotas más trague as boas). O fruto, que cai, suja, mancha, atrai insetos, apodrece; o dono da árvore não vai limpar o chão, ou o terraço, ou a calçada do vizinho, <que jus teria para ir buscar ou exigir os frutos bons que caírem? Enquanto não caem são do dono da árvore; não os pode colhêr o dono do terreno vizinho sôbre o qual pendem, nem sacudir os galhos. Todavia, tratando-se de frutos que o dono da árvore nunca consegue colhêr, pela posição em que estão os galhos, e são colhidos pelo dono do terreno vizinho, frequientemente, entende-se que nº permitiu a colheita, isto é, a aquisição antecipada.

O direito de propriedade, no caso dos frutos caídos (ou de aquisição antecipada), não é oriundo de direito de apropriação, mas de fato jurídico stricto *sensu,* tal como acontece com a propriedade dos frutos da árvore própria que caem. Ainda no caso de colheita permitida, o ato humano é sem relevância, está no lugar da causa puramente física, da caducidade dos frutos. Quem tem o terreno ou o direito aos frutos do terreno tem, pela mesma razão, a propriedade dos frutos ou o direito aos frutos <proprietário, usufrutuário, possuidor de boa fé, arrendatário ou locatário de pesse). Pode acontecer que os frutos caídos entrem, desde logo, na pesse do dono deles, ou só -mente depois, ou não entrem nunca. Se alguém tem pesse do terreno, sem direito aos frutos, passa a possui-los. Se ninguém está de pesse do terreno, a propriedade toca ao proprietário e ninguém tem pesse dos frutos.

O art. 557 só se referiu aos frutos que caem em terreno de propriedade particular. Os frutos que caem em imóvel de uso comum do povo não se têm como frutos do imóvel, são do dono da árvore. Idem, quanto aos frutos que caem em terreno público de uso especial. Quanto aos frutos que caem em terrenos dominicais da União, do Estado-membro, ou do Município, a regra jurídica do art. 557 incide; a propriedade, aí, é particular, no sentido do art. 557.

Ainda quanto aos frutos que caem em terreno de propriedade particular, regidos pelo art. 557, cumpre advertir-se em que, aqui como em regiões européias, os frutos sem valor, como, na Europa, as castanhas silvestres e, no Brasil, os imbus, são apanháveis e colhíveis por todos os que desejarem. Se não há essa regra jurídica costumeira, o art. 557 incide.

O proprietário pode plantar o que entende, dentro do terreno, e não importa se os ramos tiram a luz ao terreno vizinho. Não há qualquer regra jurídica que lhe limite a altura das plantas, ou a espessura da plantação. Se permanece dentro dos limites da propriedade, não tem o

dono dever de verificar se, com o alteamento das árvores, ou com a densidade delas, há dano ao vizinho. Não tem êle, sequer, o dever de cortar a grama ou outra erva daninha que passa ao terreno vizinho onde há plantações vulneráveis. Mas é possível exsurgir abuso do direito.

Há dever do proprietário da árvore de cortar os galhos que ultrapassam os limites e de colhêr os frutos pendentes (G. PLANCK, *Komment ar,* III, 291; 1 <. KOBER, *J. v. Staudingei*"*s Kommentar,* III, 276; J. BIERMANN, *Sachenrecht* 160; O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 122; sem razão, GOLDMANN

-LILIENTHAL, *Das Bi&gerliche Gesetzbuck,* II, 49, nota 14). Onde cessa êsse dever do dono da árvore, começa o direito do dono do terreno vizinho a colhêr os frutos, porque poderia cortar os galhos; mas o não cortar o galho significa que não exerceu o direito fundado no art. 558 e se tem de ater ao art. 557, salvo se houver anuência. do vizinho à colheita, o que não se presume, mas decorre da colheita frequente sem oposição, quanto à parte ultrapassante. Frutos, no caso do art. 557, são apenas os frutos naturais (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 160; E.BRODMANN e O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* ~J~, ~ ed., 291; O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 121). a) A regra não dá direito a sacudir os ramos, ou a árvore, nem a colhêr os frutos, nem faz o vizinho dono dos frutos que caíram com as sacudidelas, nem com a colheita com a mão, ou‘ instrumento que os arranque. *b)* O

dono da árvore pode, do seu lado, apanhar os frutos que pendem do outro lado. É essa a doutrina assente, como se vê em XC. MAENNER *(Das .Sachenrecht,* 2~a ed., 167), MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 164) e O.

WARNEYER *(Kommentar,* II, 122). Apenas discordava XC. COSAcK *(Lehrbuch,* II, 160), quanto a a); e E.

GOLDMANN-LILIENTHAL *(Das Ehirgerliche Gesetzbuch,* □

2 a ed., II, 49), quanto a b).

9.SE HÁ —AQUISIÇÃO‖ DOS FRUTOS. É erro dizer-se que o vizinho adquire os frutos que caem. Não se dá ocupação, nem invenção; dá-se apenas produção de frutos (têm-se os frutos caídos como frutos do prédio sôbre que caíram, MARTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 164). Pertencem, frutos do prédio sôbre que caíram, ao proprietário, ao usufrutuário, ao possuidor de boa fé, ao arrendatário, etc. Quem tem a pesse sôbre eles, essa é questão que só se pode resolver *in casu.* O

dono do prédio de que faz parte a árvore, antes de caírem, pode apanhá-los; se os subtrai depois de caírem no prédio vizinho, embora por terem antes batido no muro, comete furto ou outro crime.

10. INCIDÊNCIA DA REGRA DO CÓDIGO CIVIL, ART. 557. A regra do art. 557 não entende com a espécie *(d) ;* só diz respeito à espécie *(e).* A do art. 558, também. O direito, que tem o proprietário da árvore comum, a cortar-lhe raízes e galhos não precisa de invocar o art. 558, que contém direito de vizinhança; resulta da sua propriedade na coisa, que é a árvore.

§ 1.542. Passagem forçada

1. LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. A passagem forçada, de que se fala nos arts. 559-562 do Código Civil, não é a servidão de passagem, mas *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade.

É o caminho necessário, que não mais consiste em direito à constituição ou estabelecimento de servidão. O

elemento germânico, que se introduziu, fêz do direito ao caminho forçado, (que não limitava, no direito sacral romano, o conteúdo do direito de propriedade), verdadeira *limitação* ao conteúdo mesmo do direito de propriedade. Afastamo-nos, portanto, das fontes romanas.

(a) No direito romano, se bem que, em princípio, não pudesse o proprietário ser constrangido a estabelecer servidão, admitiam as fontes que a necessidade de ir a sepulcro bastasse à exigência de tal constituição *(L.* 12, pr., D., *si religiosis et sumptUnis funerum et ut funus ducere liceat,* 11, 7). ~ Estendia-se a outras espécies a regra jurídica? Não há prova disso, se bem que a extensão se houvesse estabelecido no direito comum, com a afirmação (cf. GERH. NOODT, *De Usufruciu,* Liber 1, Cap. 8: neque Ulpianus, neque Imperatores in proposito movit favor religionis, sed generalis causa‖, que estava sôzinho em afirmá-lo; WILHELM COES, *Notue iii rei agrariae auctores,* passim; 1 VoE‘r, *Commentari‟us ad Pandectas,* 1, 404; contra, J. GUTEinus, *De lure manium,* 478, e A.

F. 1 THIBAUT, *Syst em,* II, 58). Cua. FR. GLÚCK *(Ausfiihrlich.e Erlàuterztng der Pandeeten,* Nº, 99 s. > sustentou que se tratava de exemplificação, explorando o ‗~elere‖, do texto de ULPIANO, a

propósito do rescrito de Antonino (cf. CHE. A. HESSE, *Die ReehtsverMltnisse zwischen Grundstiielcsnachbarn,* 540 s.). Apegou-se R.

ELVERS (Uber die theoretisch-praktische Begríindung der Lebre vom Notweg, *Tkemis,* 1, 89, 115 s.) a pretendida *ratio iui-is riaturalis* do direito romano, o que não passou de tentativa sem consistência. Essa e outras justificações e indicações de textos foram destruidas, desde cedo, por A. SCHNEIDER e outros (e. g. Til. IIILLMER. *Der Notweg,* 11). O problema nada tem com o da servidão tácita (cf. C. L. F. LUDEN, *Die Lehre vou deu Servituteu, §*

18), nem com o da abertura de via pública, ou do rio (L. 14. *§* 1, D., *que madmodum servitutes atuituntur,* 8, 6).

Em ver(lade, o direito romano ateve-se ao caso do *iter ad sepulchrun* (J.R. BRAUN, *Erôrterungeu,* II, 621; C. L.

E. LUDEN, *Die Lehre vou deu Servituten, §* 59; E. WINDSCI-IEID, *Lehrbuch,* ~, g□a ed., 1088; A. MENZEL, Das Recht des Notweges, *Juristisúbe Bldtter,* 25, 218; J. MAURACH, *Das Notwegsrecht,* 24s.; *G.* Bucíl, *Der Notweg,* 10 s.).

(b)No direito germânico, a propriedade não era concebida com o individualismo que caracterizou o direito romano.

Dai a concepção do direito ao caminho necessário, que se formou. Quanto aos pressupostos de tal direito, haviam de variar conforme as estruturas econômicas locais (A. HEUSLER, *Institutioneu,* II, 52; cf. W. Til. KRAUT, *Grundriss za Vorle.~ungen ilber deutsches Privatreckt,* 5~a ed., *§* 98; J. ,GRIMM, *lVeisthilmer,* 1, 94, e III, 185).

(c)A concepção das *servitutes necessariae,* em direito comum, revela a insuficiência do pensamento daqueles séculos para distinguir *restrições* e *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade, as servidões e o lado passivo dos direitos de vizinhança. O direito à passagem não mais aparece, hoje, como direito à concessão forçada de servidão; há e vê-se na construção jurídica a limitação ao conteúdo mesmo do direito de propriedade. No c&minho, houve quatro teorias, *a)* a da eqúidade, *b)* a do estado de necessidade, e) a do direito de vizinhança, mais rente à fonte germânica, e *d)* a da desapropriação, que remonta ao *iter ad sepulchrum* do direito romano. A primeira denuncia a inspiração jusnaturalística, irrompente em G. BESELER *(Siystem,* 4a ed., 884), e em O.

STOBBE *(Handbuch,* 8~a ed., *§* 101), depois de marcar a *ratio iuris naturalis* de R. ELvERs. A segunda teve a sustentá-la E. voN JHERINO

(De; Zweok im Recht, 1, 518) : o direito ao caminho necessário seria caso especial de estado de necessidade, isto é, em termos do sistema jurídico brasileiro, os arts. 559 e 561 estariam *inchados* no art.

160, II, do Código Civil. Ora, tal subsumpção seria impossível: não há *direito* a praticar os atos em estado de necessidade; os atos em estado de necessidade são atos que, se não existisse tal estado, seriam contrários a direito; existindo o estado de necessidade, não no são, há o poder de praticar tais atos (Tomo II, *§§* 182,2, 186 e 187). Na doutrina alemã, a parecença das expressões —Notstand‖ (estado de necessidade) e —Notweg‖ (caminho necessário) concorreu para a confusão *(e. g.,* em E. MERKEL, *fie Kollision rechtmtissiger Interessev, 50s.).* O Código Civil brasileiro, sob os arts. *559-562,* fala de —passagem forçada‖ (Zwangsweg). Por outro lado, o estado de necessidade supõe ~—perigo iminente‖, dado fáctico que se não leva em conta nos arts. 559 e 561. A quarta teoria reflete a dificuldade de construção em que se achava o jurista romano, mas, por igual, a teoria da expropriação antes de se chegar à consciência jurídica hodierna.

A verdadeira concepção é a que está no Código Civil alemão e no brasileiro, na esteira do pensamento germânico: não há pensar-se em direito a constituição de servidão, por equilidade, ou estado de necessidade, ou expropriação; os arts. 559- 561 limitam o conteúdo do direito de propriedade. Nenhum elemento constitutivo há em qualquer sentença que a respeito se profira, a fôrça sentencial, nas ações oriundas do art. 559 ou do art. 561, é declarativa; e, ainda que se prefira a ação cominatória, a declarativídade lá está, em forte dose.

Digno de notar-se que quase o viu G. PRAZAK *(Das Ueúht dei Enteignung in Oesterreieh,* 7 s.), em 1877, ao distinguir exatamente as limitações ao conteúdo do direito de propriedade e a expropriação: a limitação não precisa de mais do que de declaração; à desapropriação é de mister ato constitutivo.

A respeito da competência, era à polícia, no direito romano, que ela tocava, e IJLPIANO disse-o, claramente, na L.

12, pr., D., *de religiosis et surnptibus funerum et ut funus ducere Iieeat,* 11, 7: —non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelietur praeses, et iam compellere debet justo pretio iter ei praestari‖. Se alguém tinha sepulcro, sém caminho para êle, mas pudesse para êle ir pelo terreno do vizinho, estabeleceu em rescrito o imperador Antonino, com seu pai, que se costumava pedir em precário e conceder a passagem para o sepulcro. Mas o rescrito que dá a

faculdade de impetrá-lo, adverte ULPIANO, não implica também ação civil, só se reclamando fora do ordinário. O governador, esclarece-se, deve compelir a que, por justo preço, se lhe conceda a passagem, atendendo-se à oportunidade do lugar (—opportunitas loci‖: comodidade espacial e temporal). para que o vizinho não sofra grande prejuizo. ~ evidente o elemento constitutivo. A decisão era no plano administrativo, tal como se permitia na concepção romana da expropriação.

Somente no direito comum foi que se concebeu a ação civil, como *acUo confessoria;* depois, a *adio Pubjiciana confessoria in rem* e o *interdictum de itinere actuque priva to,* mas já se havia operado a extensão do direito de passagem e se caracterizara a co~cepção no sentido da evolução, intermediária da servidão de passagem.

Continuava legitimado somente o proprietário do fundo vizinho, não o locatário (J. MAURACH, *Das Notwegsrecht,* 50; cp. Til. FRANTZ, *fie gesetzlichen Eigentuntsbeschràukungen,* 149). Se dois ou mais os interessados, cada um tinha a sua ação. A —servidão‖ extinguia-se pela decretação da nulidade ou rescisão da decisão, ou pela cassação, pelo perecimento do i móvel dominante ou do imóvel serviente, pela confusão; não pelo *nou usus.* A afirmação de Til. HILLMER <*Der Notweg,* 65) quanto àextinção pela cessação da necessidade mostra que raciocinou em termos de hoje; certamente, no sentido de lenta evolução que se operava.

A concepção das servidões necessárias, das *Notservitutetz,* embebeu as codificações, por muito tempo. O

Alígemeines Landrecht prussiano (1, 22, *§§* 3-10) foi o exemplo insigne. A ação a propor-se era a confessória, e não a constitutiva do caminho necessário, o que já importava em melhor análise da realidade. Deu-se o mesmo no direito franco-badense. Não assim, no direito saxônico.

MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Coinmentaria,* IV, 61) aludia à prestação da passagem: —. .. quod via publica, seu itinere destructo ruína, vel aquarum impetu, vicinus proximum habens fundum, tenetur viam praestare‖. Tirou-o MANUEL GONÇALVES DA SILVA a MANUEL BARBOSA *(Remissiones,* Ord. do Livro IV, Título 11, *ad rubricam,* n. 5), e a ANTÔNIO GOMES *(Variarum Resolutionum,* II, Cap. 2, n. 51). A ação era pessoal (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 145), tendente à venda, e não à instituição de servidão (cf. Alvará de 27 de novembro de 1804, *§§* 8 e 11, que é ambíguo: —. . . requererá a qualquer dos Ministros da Vara Branca do Termo, ou Comarca, para

que lhe demarque e assine o lugar e sítio mais cômodo‖, pois, no *§* 18, ressalvava: —Os referidos aquedutos não ficarão constituindo servidão; mas a todo o tempo que qualquer das propriedades venha a murar-se, ou vaiar-se, somente serão obrigados seus donos a denºarem passar a água e consertar o aqueduto, sem serem obrigados a serventia e a dar caminho, ou passagem pela propriedade‖; o Alvará de 4 de março de 1819 mandou estender ao Brasil o Alvará de 1804). TENºEIRA DE FREITAS

(Consolidação das Leis Civis, nota 12 ao art. 894), reputou contrário à Constituição Política do Império, art. 179, *§*

22, o Alvará de 1804. LAFALETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 833) entendia caber ao dono do prédio encravado reclamar o estabelecimento de servidão, se precisava comunicar-se com fontes, estradas públicas, ou pontos de embarque. Invocou a Lei de~3 de julho de 1773, *§* 12, confirmada pelo Decreto de 17 de julho de 1778. A evolução do conceito foi a que se observou nos outros países em que ela se completou; e LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* II, 6), o jurista brasileiro que primeiro se insurgiu contra o conceito de —servidões legais‖ com que se designavam, por influência de leituras francesas, os direitos de vizinhança.

A Lei de 9 de junho de 1773 concebera expropriação por encravamento: nº, em cuja propriedade se encravasse alguma gleba, tinha ação contra o dono, para o obrigar a vender-lha pelo justo preço mais a têrça parte. Entendia-se por encravado o que fosse todo dentro do outro, ou na maior parte da linha circundante. Mas tal lei era de se reputar contrária i~ Constituição Imperial, como o seria hoje. Ver-se ali servidão seria forçado.

Pode dar-se que o caminho que se estabeleça se torne público, ou já tenha, ao abrir-se, os pressupostos da publicização. Aqui, é o direito público que classifica o caminho forçado, considerando-o, ou não, de uso comum.

Tal comunização do uso não apaga as ações privatísticas, nem torna possível ao Estado fechá-lo ou alterar-lhe as extensões necessárias A publicização tão-pouco pode ir até à especialização do usú (art. 66, II), ou à apropriação pelo Estado (art. 66, III).

2. PRESSUPOSTOS. Os pressupostos são os seguintes:

a) *A falta de passagem ou saida para a via pública, fonte o< pOrto.* Permitindo o direito, como permite (se bem que as lei> municipais

aos poucos venham exigindo que haja sempre a passagem necessária), o prédio sem saída para a via pública (rua, estrada), fonte ou pôrto, tinha de *limitar* o direito de propriedade dos vizinhos em favor daquele cujo prédio é encravado. As leis municipais não têm, a êsse respeito, influência; nem, tão-pouco, eficácia retroativa. Não exclui tal direit{ o serem dispendiosas as obras para a passagem, ou serem muito mais caras do que as que exigiria a antiga passagem. Se a via é *pública,* decide o direito público. Se A fonte ou pôrto precisa ir o proprietário, são as circunstâncias topográficas e de uso normal do imóvel que têm de ser levadas em conta. Se o proprietário tem servidão do caminho por outro prédio, ou direito a que sôbre outro prédio se constitua, não precisa de acesso; *aliter,* se há pesse e essa foi objeto de ação contrária ou de atos que lhe interrompam o curso.

O art. 559 fala de prédio encravado; donde ser de discutir-se se o prédio precisa estar cercado, de todo, por outros, ou outro, ou se basta estar encravado sem ser cercado por toda a linha circundante, se o está no que mais importa, ou no que importa. A solução não pode ser no sentido em que entendeu a Lei de 9 de junho de 1773 CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 359 (—não só o prédio rodeado por outro por todos os lados, mas ainda o que fôr rodeado na maior parte da sua circunferência‖), ampliada e corrigida, porque não basta nem se exige o critério puramente geométrico. O que importa é a saída para a via pública *única,* ou alguma das vias poucas *existentes,* se praticamente inacessível a via pública que ficou limítrofe ao terreno *(e. g.,* há braço de mar que corta o terreno, há penhasco de difícil remoção entre o resto do terreno e a via pública). Com o direito de passagem parece-se o de limpeza e pintura que permite ao proprietário pôr andaimes no prédio vizinho para pintar o seu; mas tal incursão há de ser indenizada, por analogia do art. 560 ou do art. 561.

b) A falta de passagem ou saida precisa *não ter sido produzida pelo próprio dono do prédio encravado, ou por nº*

de quem o dono atual do prédio o houve. Aqui, caberia a teoria da culpa contra si-mesmo (ERNST ZITELMANN, *Der Aligerneine Teu,* 166 s.; A. voN TUHR, *Der Alígerneine Teu,* III, 495, nota 107). Apresentou-se ao legislador brasileiro êsse problema de técnica legislativa: <como resolver, *de lege f ercnda,* se há culpa do próprio dono do prédio encravado? Em vez de denºá-lo sem direito, portanto com prédio quase inutilizado (defeito da lei alemã), adotou a solução do antigo Código Civil de Zurique, art. 141. Diz o art. 561 do Código Civil: —O proprietário que, por culpa sua, perder o direito de trânsito pelos prédios contíguos, poderá exigir nova comunicação com a via pública, pagando o dôbro do valor da primeira indenização‖. Não sente dano

quem o sente por culpa sua (AGOSTINHO DE BEM FERRETRA, *Suma da Instituta,* 1, 143).

O art. 561 não pré-exclui o direito à passagem se o proprietário, por sua culpa, perde o direito de trânsito pelos prédios contíguos. Apenas, porque teve culpa, há de prestar o dôbro. No direito alemão, a solução é diferente: pré-

exclui-se *(§* 918, alínea lº) o direito que se atribuira no *§* 917; e não há dúvida quanto a ser mais acertada a solução brasileira, pois que o *§* 917 se refere à comunicação necessária à —exploração normal‖ e o *§* 918, alínea 1.8, alude a

—ato voluntário‖ *(=* de arbítrio) do dono do imóvel e podem coincidir —ordnungsmássige Benutzung‖ e

—willkúrliche Handlung‖ (P. RFJDENBERO, *Das Notwegrecht,* 5 s. e 30), ainda que a doutrina tentasse salvar a construção.

A perda, a que se refere o art. 561, pode ser por ato positivo ou negativo do proprietário (G. PIANCK, *Komment ar,* III, 309; K. KoBER, *J. v. Staudingers Kommentar,* III, 294). Não importa se se trata de ato fáctico ou negocial (MARTIN WoLFF, *Lehrbuch,* III, 170). Se o proprietário perdeu a saída, devido a desapropriação pelo Estado, não houve qualquer culpa sua, O ato precisa ter sido praticado pelo proprietário, ou seu procurador ou representante, ou pela pessoa com poder de construir. O art. 561 incide quanto ao que teve culpa e quanto a qualquer proprietário posterior (J. EIERMANN, *Sachenrecht,* 171; II. DERNBURG, *Da~s Bilrgerliehe Recht,* III, 287, nota 9), ainda que por aquisição originária. Em direito intertemporal, o art. 561 apanhou todas as situações que existiam à entrada em vigor do Código Civil, ainda que anterior o ato culposo do proprietário, embora só a partir daquele momento de incidência (sem razão, 1 <. KOBER, *J. v. Staudingers Komrnent ar,* III 295, e O.

WÂRNEYER, *Komment ar,* II, 132; com razão, G. PLÀNCR, *Kommentar,* III, 309). A Ux *lata* não previu o caso de ter o proprietário perdido o trânsito sem ter havido, quanto a êsse, indenização, que pudesse ser dobrada. Então, cabe ao juiz fnºar a indenização segundo o art. 560 e dobrá-la. Tudo que se disse sôbre o direito à passagem forçada, no art. 559, vale para a passagem forçada segundo o art. 561: também aí há direito de vizinhança, *limitação* ao direito de propriedade.

Se o dono do imóvel aliena parte desse, de modo que fica a parte que não vendeu, tornada *res,* sem saída, é ao prédio que vendeu e não ao

de outrem que há de reclamar passagem forçada. Se à parte que vendeu é que falta saída, ao prédio do vendedor é que há de a reclamar o prédio do comprador. Dá-se o mesmo se, em vez de comprae-venda, há outro negócio jurídico, ou divisão material por efeito de partilha entre vivos ou a causa de morte (1ª

Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de outubro de 1939, *.1.,* 16, 70: —Em alienando a parte do prédio que o tornava, em seu todo, em comunicação com a via pública, fonte ou pôrto, já não poderá o proprietário do prédio encravado reclamar passagem senão ao adquirente da parte do imóvel que criou aquela situação. Ora, na espécie, pôsto que seja inversa a posição do vendedor e do comprador, a solução não poderia ser diferente‖).

Ter direito a reclamar não está, no art. 559, por ter pretensão a que lhe dê passagem o dono do outro prédio. Daí dever-se evitar a expressão —conceder‖, ou —concessão‖, ou —prestar‖. Qualquer sentença é declarativa. Por isso mesmo pode o dono do prédio defender a que abriu, ou já encontrara,

inclusive possessôriamente, se é o caso *(4,*~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de setembro de 1948, *1?. dos* 2‘., 177, 200; sem razão, a g,a Câmara Civil, a 2 de agôsto de 1938, 115, 178).

Não basta, para se reconhecer o direito de passagem forçada, que exista comodidade em se encurtar a distância entre o prédio e a via pública, a fonte ou o pôrto (Tribunal de Apelação do Ceará, 27 de março de 1944, *1?. de 3. e D. do 2*‟. *do E. do Ceará,* 1, 187; □

4 a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8 de novembro de 1941, *1?. F.,* 87, 715), salvo se o dispêndio para se alcançar a via pública, a fonte ou o pôrto é acima do valor do prédio ou de sua explorabilidade (Câmaras Cíveis Reúnidas do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 30 de julho de 1945, *A.J.,* 77, 228, *1?. dos T.,* 162, 306). As necessidades de saída são maiores ou menores, conforme o prédio e o seu uso; por outro lado, pode haver insegurança e risco na saida que há. Tudo isso, se, por um lado, afasta que baste o ser mais comoda outra saída, permite que se configure a passagem forçada quando outra seja necessária (cf.

23 Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 9 de junho de 1944, 2?. *F.,* 99, 723, e 2?. *dos 2*‟*.,* 157, 821; Câmaras Reúnidas, 13 de junho de 1945, *B. 3.,* 30, 192; Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de março de 1931, *2?. dos 2*‟*.,* 78, 123: —Se o prédio é encravado, não tendo saída para lugares públicos, ou, tendo-a, é ela

insuficiente ou perigosa, a lei dá ao proprietário a faculdade de passar pelos terrenos dos vizinhos, indenizando-os‖, mas logo após vem a imagem infeliz: —~ uma desapropriação forçada, que, baseando-se no proveito da agricultura, que interessa à sociedade, não contraria o preceito constitucional garantidor da propriedade‖, o que também não é curto, pois há direito que se funda no art. 559 tanto a respeito de prédio rústico quanto do urbano, e o próprio art. 559 explicitamente o diz).

O art.. 561 afasta que se apure qualquer culpa do que se tem por titular da pretensão à passagem forçada para se lhe negar tal pretensão. A culpa somente concerne à indenização. que há de ser, então, do dôbro (sem razão, a 23

Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 11 de setembro de 1934, 2?. *dos* 2‘., 96, 195, e a 43 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agôsto de 1945, 163, 204).

3.DEFINIÇÃO DE vIZINHO, NOS ARTS. 559-562. Vizinho, ai, é só o proprietário do prédio próximo; ou os proprietários dos prédios próximos até à via pública, fonte ou pôrto. Ou os simples possuidores. Se também o prédio vizinho é encravado e tem passagem forçada, ou servidão, sôbre outro, o direito ao caminho forçado é o de ir até onde está êsse caminho for-caço, ou essa servidão, para por ela sair. Então, sujeitos passivos são o prédio encravado vizinho, ou dominante, e o forçado, ou serviente. Mas, ainda nesse caso, o direito do prédio encravado é direito de vizinhança, e não servidão.

Não há qualquer consideração de distância entre o prédio encravado e a via pública, fonte ou pôrto (O.

WARNEYER. .*Commentar,* II, 130), nenhum de quantos são os vizinhos até se chegar à saída mais próxima.

4.CONDÔMINOS TITULARES DO DIREITO. Se o prédio encravado é condomínio, cada condômino pode reclamar a passagem forçada, sem precisar dos outros condôminos (J. BIERMANN, *Saehenreeht,* 170; F.

KRETZS&H MAR, *Sachenreeht,* 173). Tal legitimação cabe no art. 634 do Código Civil, se se discute ação possessória.

O direito de vizinhança só se há de entender no sentido de poder contido no direito de propriedade. A elipse faz o conceito, que de modo nenhum corresponde ao conceito de direito real limitado.

Porque há a limitação à propriedade do vizinho, fica a um campo em que o seu direito entra. É digno de lembrar-se que, já em seu século, FORSTER-ECCIUS *(Theorie und Prazis,* 5~a ed., III, 157) diziam: quando a servidão se extingue, o direito de propriedade consolida-se; quando se extingue a limitação (legal) à propriedade, essa se dilata. As pretensões e ações concernentes à vizinhança, com base nos arts. 559 e 561, são pretensões e ações ligadas à própria propriedade. Por isso mesmo, não se precisa registar direito de vizinhança. Se o vizinho constitui servidão de passagem, outro é o problema; e regem os princípios dos arts. 695-712.

Legitimados são o proprietário, o usufrutuário, o usuário, o habitador e o possuidor próprio. Se o proprietário outorgou poderes ao locatário, é outra questão, já de fato. Se foi proferida e transitou em julgado sentença em ação publiciana, é de se conhecer, como se de proprietário fosse, da reclamação do possuidor publiciano. Se o terreno está em condomínio, qualquer dos condôminos é legitimado. Se há edifício de apartamentos, em comunhão *pro diviso,* qualquer dos comuneiros interessados. Legitimado passivo é só o proprietário do prédio que sofreu a limitação ao conteúdo; não o usufrutuário, o usuário, ou o habitador, ou o possuidor, que em todo caso são assistentes conforme o art. 93 do Código de Processo Civil. Se não há dono, o possuidor próprio.

A ação do proprietário do prédio encravado é ligada a pretensão já existente, a pretensão —retida‖, no sentido de

—verbaltener Anspruch‖ de P. LANGHEINEKEN *(Anspruch und Einrede,* 101 s.) : por isso, a indenização que se há de prestar segundo o art. 560 só se conta do momento em que se *satisfaz* o pedido de suportação da passagem (MARTIN WOLFF, *Lehrbuoh,* III, 171, falou de se contar desde quando se exigiu, o que não está certo). A sentença, que sobrevier, é declarativa. Se o juiz tem de fnºar o rumo e a extensão, ainda ai é declarativa a decisão, e não constitutiva. Se foi introduzido elemento cominatório, a decisão sôbre a telerância passa a ser condenatória

-declarativa. O direito à passagem é, elipticamente, poder contido no direito de propriedade; o dever de tolerar é contido na propriedade do dono do prédio que tem de dar a passagem. Não há pensar-se em servidão legal, conceito já superado; há, precisa e exatamente, limitação e extensão das propriedades em proximidade. O vizinho que tem de passar não exerce direito que grave a outra propriedade; exerce o próprio domínio. Qualquer impedimento importa em violação do direito de propriedade, com a correspondente pretensão

do. A oposição injusta é que é ato ilícito; não a incursão pelo vizinho que pode invocar o art. 559 ou o art. 561. A pretensão não precisa ser exercida judicialmente; pode ser dirigida ao vizinho (art. 559, *verbis* —reclamar do vizinho‖). O que tem de ser judicial é a fnºação do rumo e da extensão, se não houve acordo (declaratório!). Não cabe falar-se de —dever de conceder direito de passagem necessária‖, impropriedade de expressão em que incorreu K. ROBER *(J. v. Staudingers Kommentar,* II, 290). A entrada pelo terreno do vizinho, se há os pressupostos do art.

559, ou, até, do art. 561, não é ofensa à pesse do vizinho; ofensa seria a proibição, porque a pesse e a propriedade são coextensivas. Tem-se procurado negar ao possuidor a proteção possessória, mas nessa pesse, que se alega, do terreno encravado está incluída a pesse do caminho forçado. A questão é assaz delicada. Se a ação é declaratória e o proprietário já tinha a pesse, ou alguém exerce a pesse, própria ou não-própria, a protegibilidade possessória impõe-se (KÃxDING, Beitrâge zur Lehre vom Notweg, *Archiv fiir die civilistisefle Praxis,* 99, 425 5.; P.

RÍYDENBERO, *Das Notwegrecht,* 111 5.; E. KUHLENKAMPFF, *Notwegerecht und Besitzschutz,* 69 s., em parte; contra, O. STRECKER, em G. PLANCK, *liaminentar,* III, 807). Se não há possuidor, a propriedade dilata-se sem se dilatar a pesse, porque tal pesse, *ex hypothesi,* não existe.

Se há dois ou mais caminhos possíveis no mesmo terreno ou em diferentes terrenos, do mesmo ou de diferentes proprietários, a perplexidade é que exige a cognição judicial a que se refere o art. 559, 2A parte. A sentença é declarativa. De modo nenhum é constitutiva (KARDING, Beitrãge zur Lehre vom Notweg, *Archiv 11k die civilistische Praxis,* 99, 410 *5.;* MEISNER, *Das iii. Bayern geltende Nachba‟rreeht,* 23 ed., 218; G. PLANCK, *Kommentar,* III, 306; sem razão, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 172). Elemento constitutivo somente pode ter integrativo de algum negócio jurídico ou transação dos figurantes da relação jurídica processual. Quanto aos que afirmam, em caso de igualdade de adequação dos caminhos, que o que reclama a passagem tem direito de escolha (KoNRAD COSACE, *Lehrbuch,* II, 6.~ ed.. 158; contra L. MInEIS, na □

7 a ed.), inclusive só limitada pelo abuso

do direito, nenhuma razão lhes assiste. Ao juiz examinar *qual* dos caminhos é o mais adequado,porque, para êle, a igualdade de adequação só existe subjetiva-mente para os interessados. Se acontece que se introduziu negócio jurídico na fnºação, torna-se registável a sentença.

5. IMPRESCRITIBILIDADE. A pretensão a que o prédio vizinho dê passagem é imprescritível. A ação declaratória é a que cabe. Ou a possessória. Ou a negatória. *Não é o exercicio do direito do dono do prédio encravado, porém a oposição ou dificultação pelo dono do prédio vizinho que fazem mister a ação:* há ato ilícito desse, e não só abuso do direito. A sentença, que proclama existir o direito de passagem forçada, é declaratória (MÂRTIN WOLFF, *Lekrbuch,* III, 171), e não constitutiva. Se, além disso, condena em perdas e danos, é que houve cumulação de pedidos: para declarar e para condenar.

6.FNºAÇÃO JUDICIAL DO RUMO. O juiz pode fnºar o rumo, no interêsse do prédio encravado e no interêsse do prédio vizinho. Nem o dono daquele tem direito a que seja sempre o mais curto (O. WARNEYER, *Komment ar,* li, 130), nem o vizinho; nem qualquer fnºação pelo juiz pode ser contrária às leis de direito público, salvo se inconstitucionais.

Ainda no que concerne à direção, largura e extensão do caminho, a sentença é declaratória, e não constitutiva. Tem eficácia contra o proprietário atual e seus sucessores, inclusive quanto aos sucessores dos lotes em que se dividiu a propriedade vizinha. Para que a sua eficácia fosse *erga omnes* seria preciso que se registasse. Mas, se permanecem os pressupostos, é provável que a sentença seja a mesma se nova ação fôr proposta contra o usucapiente do prédio vizinho. Em todo caso, se êsse é que propõe ação declaratória negativa contra o dono do prédio encravado, êsse não pode excepcionar pela coisa julgada material. Nem a formação do rumo pela sentença anterior é óbice a nôvo exame, se o dono do prédio vizinho não a houve do réu na ação declaratória positiva.

A ação declaratória do art. 559 ou do art. 561 pode ser exercida *ope erceptionis,* porém mais frequentemente como reconvenção (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 130). Quase sempre é objeção (defesa).

7. AÇÕES CABÍVEIS. Contra o exercício do direito de caminho forçado por parte de quem não tem tal direito cabem as ações possessórias; e a pesse de tal direito trata-se como qualquer pesse (TURNAU-FÓRSTER,

Das Liegenschaftsrecht, 1, 392). O direito de passagem forçada pode ser acidental; *e. g.,* se a via pública (ou particular até a via pública, fonte ou pôrto) *ainda* é insuficiente, ou se está obstruida sem culpa do dono do prédio encravado

< cf. J. KoHLER, em F. v. HoLTzENDORFF

4. ROHLER, *Enzvklopiidie,* , 7.ª ed., 52). Se a via pública éfechada, nem por isso denºa de se restabelecer o direito à passagem forçada, se é reaberta, salvo se denºou de haver necessidade de caminho para ela. Se há mais de um autor da ação, a sentença é só declarativa. Porém, se há dois ou mais réus, com alternação subjetiva de pedido, há *escolha* pelo autor, ou *decisão* pelo juiz. Contra a escolha pelo autor, MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* III, 172); a favor, KONRAD COSAcK *(System,*

6 a ed., II, 158) e P. RDDENBERG *(Das Notwegrecht,* 121). MAItTIN

WOLFF chamou atenção para o elemento *constitutivo* que ai se introduz na sentença (—concretização‖ da passagem necessária), em caso de igualdade; mas é ínfimo. A pretensão ao uso do caminho forçado pode fazer-se valer pela ação, pela exceção e pela reconvenção (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 130).

8.REGISTRO. O direito à passagem forçada não precisa de registro; se pode ser registrado, discutiu-se muito na doutrina. O. WARNEYER *(Komtnentar,* II, 130) negou-o, simplesmente; também MARTIN WOLFE *(Lehrbuch,* III, 172). Se foi registrado, entende-se que acabou por se ter concedido *servidão,* que lhe fêz as vêzes.

9.INDENIZAÇÃO. Diz o art. 560 do Código Civil:

—Os donos dos prédios por onde se estabelece a passagem para o prédio encravado têm direito a indenização cabal‖. Os métodos para fnºá-la são como os de quaisquer outras indenizações. A indenização pode ser de uma só vez, ou por meio de renda. É possível fnºar-se para sempre; ou com desconto, se fOr desnecessário o caminho antes de certo tempo; ou de outro modo usual em direito. Fnºada em renda, acaba essa quando acaba o direito à passagem forçada. É possível que as circunstâncias permitam pedir-se modificação da renda. Aí cabe a *ação de modificação,* fundada no que expusemos sob o art. 289, II, do Processo Civil. A renda é *registável* (O.

WARNEYER,

direito cujos elementos constitutivos não vêm de uma vez só:

o direito só se perfaz quando o aviso *chega* ao vizinho. A distinção tem valor teórico e prático. CLóvís BEVILÂQUA *(Código Civil comentado,* III, 114) pôs o aviso prévio ao proprietário como —condição‖ (em sentido não-técnico!), no mesmo plano, portanto, que o ser indispensável a responsabilidade pelos danos. Mas responsabilidade pelos danos não é *pressuposto,* e sim *consequência* da causação do dano. O Código Civil apenas o explicitou, para tornar tal responsabilidade independente das regras sôbre os atos ilícitos. O —mediante aviso prévio‖ é, no direito brasileiro, pressuposto para o exercício. O direito de vizinhança existe, desde que se dá a necessidade de entrada para os fins do art. 587.

5. Sempre que há construção, no mais vasto sentido, no prédio vizinho, de uso comum, que precise de limpeza ou reparação, a lei autoriza a entrada, porém segundo o art. 587. Se a limpeza ou reparação é de esgotos, goteiras e aparelhos higiênicos (é exemplificativa a regra, não taxativa), assim como dos poços *já existentes* (por exemplo, se ocorreu o caso do art. 566, ou do art. 563), dá-se o direito de vizinhança segundo o art. 587, parágrafo único. Não se confundam os casos do art. 587 e seu parágrafo com o das servidões, que são *restrições* e não *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade.

6.Aviso. O titular do direito de vizinhança segundo o art. 587 não pede licença: avisa prêviamente. Esse aviso é *comunicação de vontade,* ligada ao exercício do direito, e não declaração de vontade.

7. AÇÕES. Há *ação declaratória positiva,* para se enunciar a existência da relação jurídica do art. 587 ou seu parágrafo único, ou *negativa,* para se enunciar a não-existência de tal relação. Além disso, há a ação cominatória com base no art. 802, XIII; do Código de Processo Civil. Há a ação de condenação a denºar entrar, bem como a executiva *lato sensu,* ou as duas, simultâneas, para que a sentença condene a denºar entrar e —execute‖ a obrigação de denuar entrar, civil ou policialmente (eficácia anexa de direito público).

§ 1.555. Ações nascidas do direito de vizinhança

1. AçÃo DECLARATÓRIA. Tanto o titular do direito de vizinhança tem a ação declaratória positiva, para se afirmar que lhe cabe tal direito (quer dizer: para ser declarada a *existência* da relação jurídica em que o vizinho e. o autor se acham como sujeito passivo e sujeito ativo segundo alguma das regras do Código Civil, arts. 554-588), quanto nº, a que se atribui ser devedor de tal direito, tem a ação declaratória negativa para se declarar que não lhe cabe tal dever (quer dizer: para ser declarada a *não-existência* da relação jurídica em que o réu e êle seriam, respectivamente, sujeito ativo e sujeito passivo). A eficácia da sentença é sempre *inter partes,* por ser apenas a de coisa julgada material.

2. O titular propriedade. contra a julgada.

AçÃo DE REIVINDICAÇÃO DO DIREITO DEPENDENTE do direito de vizinhança pode reivindicá-lo com reivindica a propriedade, e não reage pesse hábil à usucapião de servidão, pode essa ser Adiante, n. 9.

3.AÇÃO DEMOLITÓRIA. Outra ação que a lei material atribui ao direito de vizinhança é a *ação demolitória.*

Lê-se no art. 586 do Código Civil: —Todo nº que violar as disposições dos arts. 580 e seguintes é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos‖. Desde logo observamos que o art. 586 vem antes do art. 588, o que suscita a questão, que discutiremos adiante, de incidir ainda em casos de direito de vizinhança oriundo do art. 588. Restrinjamo-nos por enquanto aos arts. 544-585.

Na ação demolitória, fundada no art. 586, a *res in iudidura deducta* é o direito de vizinhança, e não a pesse.

Portanto, devemos premunir-nos quanto à jurisprudência que sofreu a influência da nota 389 de TENºEIRA DE

FREITAS à sua edição de CORREL & TELES *(Doutrina das Ações,* 146) : —Ações demolitórias, com o nome romano de interditos *quod vi aut clara,* nada mais são que manutenção de pesse, quando as turbações consistem em obras novas, porém já de todo acabadas‖.

Para a ação do art. 586 não há o prazo do art. 523~ nem as regras peculiares à pesse e à sua proteção podem ser invocadas. Por exemplo, não é exercível, salvo permissão da lei, ou convenção, pelos possuidores não-próprios (Código Civil art. 486) ; não cabe a distinção entre violência, clandestinidade, ou precariedade, e a não-violência, a não-clandestinidade ou a não-precariedade da pesse (art. 489); nem se apura a boa ou má fé (art. 490); não se dá a demolição sem se ouvir o

réu (art. 506) ; nem se atende à melhor pesse, nem ela obsta à demolição, porque a demolição do art. 586 cabe nos mesmos casos que a reivindicação, uma vez que todo direito de vizinhança, direito *real* dependente, entra no direito de propriedade; nem se atende ao ano e dia (arte. 508, 523), salvo se há cessação do direito (art. 576, que nada tem com o rito processual).

MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Coramentaria,* III, 158) escrevia: .... illud remedium *Quod vi azd atam* habet locuni quando quis aedificaverit in re mea clam, ita taliter, quod verosimiliter non potuit sibi denuntiari novum □ opus; si vero palam opus fecit, nuila industria adhibita, ut sibi nuntiari non possit, cessat illud remedium, et datur interdictum *1/ti possidetis,* ut opus destruatur‖. Também assim, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado dos Interditos,* 196). Mas ambos se mantinham no plano da *pesse.* Não se poderia falar, então, de pesse em casos dos arte. 554-585, porque não havia *direitos de vizinhança* em tais situações no direito anterior, e sim ou servidões ou imissões legais na propriedade alheia. Não havendo direitos de vizinhança, não se podia, tão-pouco, pensar em ação demolitória *real.*

O Código de Processo Civil concebeu a forma da ação demolitória como ação de preceito cominatório (art. 802, VII).

A caução de dano infecto pode ser pedida segundo o art. 304.

A demolição é executada pela falta da caução (arts. 304, *§* 8º, e 805, *§* 3.0); ou como atentado ao preceito. Mas o rito ordinário pode ser usado.

A ação demolitória compete a quem quer que construa com infração de regras dos arte. 581-585. Se, em vez de construção, é de escavação ou outro ato de diminuição, a ação é de fechamento, ou obturação, ou aterro. Têm-nas os proprietários e os possuidores, não só os proprietários (Sessão. Plena da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 9 de janeiro de 1935, *A. J.,* 35, 882). Os julgados *(e. g.,* 33 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17

de abril de 1947, *R. dos T.,* 168, 239) que negam a demolitória se a obra não foi com violência ou clandestinidade são contra direito.

A legitimação do possuidor é porque o conteúdo da pesse é o da propriedade, sem que com isso se possa argumentar a favor de absurda possessoriedade da ação demolitória quando concernente aos direitos de vizinhança.

A ação demolitória, que tutela direitos de vizinhança, é inconfundível

com a ação demolitória por obras em terreno alheio, ou comum, com ofensa à pesse ou ao direito de propriedade como tal. A ação demolitória, em qualquer dessas espécies, é ação ligada à ação possessória, ou à reivindicatória, ou cominatória, ou à negatória, e supõe condenação: prescreve como ação real; e como ação real extingue-se com o direito de que se irradia. Quanto à ação demolitória que se exerce por infração de direito de vizinhança, o prazo de preclusão que se estabelece no art. 576

é limitado às espécies mencionadas, que são as do art. 573, 23, g□a e 43 partes. Nas demais espécies, a ação demolitória não preclui.

4.AÇÃO PARA INDENIZAR PAREDE DIVISÓRIA. A ação para indenizar parede divisória é baseada na *pretensão a usar a parede divisória.* Nas Ordenações Filipinas apareceu inserta no Livro 1, Título 68, *§* 35, como exceção ao princípio de que ninguém pode usar da propriedade alheia: —E ninguém poderá meter trave em parede em que não tiver parte: porém se quiser pagar a metade do que a dita parede custou ao senhor dela, poderá nela madeirar, sendo a parede para isso‖. Pagava-se a metade do custo da parede. No Código Civil, art. 579, paga-se o meio valor da parede *e do chão correspondente.* No direito anterior, era dito tratar-se de servidão (LAFAIETE

RODRICUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 336), da servidão *tigni immittendi.* DIDIMO DA VEIGA *(As Servidões Reais,* 159) e VIRGILIO DE SÃ PEREIRA *(Manual,* VIII, 292) construíram-no, respectiva-mente, como compropriedade da parede e como compropriedade da parede e do fundo. A opinião que exclui a servidão e admite a comunhão faz nascer a questão da causa dessa (compra-e-venda, R. POTHIER, F. LAURENT, T. Huc; desapropriação; ou misto de uma e outra, MARCEL PLANIOL). Venda sem consentimento é aberrante dos princípios; desapropriação em texto geral, a favor de alguém, para que se explique a irresponsabilidade pelos vícios redibitórios, falha em se não exigirem pressupostos de interêsse público. A velharia da servidão *tigni immittendi,* elevando-se a condominio de superfície (DIDIMO DA VEIGA) e de superfície do fundo (VIRGÍLIO

DE SÃ PEREIRA), criaria questões delicadas, como a de reconstrução do prédio serviente. Quando os edifícios eram feitos para séculos, a servidão dependia de exigências óbvias; ao se tornar fácil a construção e renováveis por fôrça das circunstâncias, são tantas as complicações que a servidão *tigni immittendi* (Icom maioria de razão, a comunhão legal!) suscitaria, que se tornou de todo destoante das situações econômicas de hoje. *De lege lata,* é comunhão que se estabelece; *de lege*

ferenda, a concepção da limitação do conteúdo do direito de propriedade impunha-se.

As conseqüências são as seguintes: a demolição rege-se pelo condomínio; destruída a parede, quem depois construiu tem a metade do chão correspondente a ela. Mas a comunhão é *pro diviso,* só para o destino da parede, o que perdeu a metade do chão pode construir sôbre o que perdera, e, até, exercer a pretensão do art. 580 do Código Civil, em fanºa maior. O art. 451 do Código de Processo Civil refere-se à ação do segundo proprietário a construir.

5.A PRETENSÃO DO ART. 580 DO CÓDIGO CIVIL QUANTO À MEIA ESPESSURA. Além da pretensão a usar da parede divisória, há, da parte de quem primeiro constrói, a *pretensão a ir até meia espessura do terreno contíguo* (Código Civil, art. 580), pretensão enatiomórfica à do art. 579 do Código Civil (porém nem sempre!). O

art. 451, *§* ~ 13 parte, do Código de Processo Civil não concerne a essa pretensão, mas já à pretensão de haver a metade do preço, se antes se usou da pretensão do art. 580 do Código Civil. Só então o confinante réu adquire a metade da parede (cf. Código de Processo Civil, art. 452, 23 alínea). O Código de Processo Civil não falou da ação para a pretensão do art. 580 do Código Civil. *Quid iuris?* Ou o vizinho se opõe, e cabe aplicar-se o art. 302, XII

<preceito cominatório) ; ou não se opõe, e a forma do art. 451 do Código de Processo Civil é adequada, pela enantiomorfia das pretensões.

O Título XX, *verbis* —ações para construção‖, do Código de Processo Civil permite essa interpretação. O parágrafo único do art. 580 do Código Civil é *exceptio.*

6.PRETENSÃO A ADQUIRIR A COMUNHÃO NO TAPUME. A ação de art. 451, *§* 1.0, 23 parte, do Código de Processo Civil, funda-se na *pretensão a adquirir a comunhão no tapume* feito pelo vizinho. Tal pretensão é de comunhão forçada, à semelhança da comunhão pela necessidade de se aproveitar da parede do vizinho e do fundo, em que ela assenta, evidente regulação simétrica à do art. 579 do Código Civil. Esse tapume é só a parede, não a cêrca de pouca duração; e a‘ pretensão de direito material é a do art. 648 do Código Civil, interpretado pelo Código de Processo Civil.

7.AçÃo DO ART. 588. *§* 1.0, Do CÓDIGo CIVIL. Os —títulos‖ e —capítulos‖ das leis dizem o seu conteúdo, se mais vasto que a soma

dos conteúdos das regras explícitas que o constituem. Nesses casos, as regras explícitas são exemplificativas. Assim, a pretensão do art. 588, *§* 1.0, do Código Civil, a que o vizinho concorra, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação, cabe quando exercida pelo obrigado a concorrer (ação ligada à comunhão). Se exercida pelo que pede a contribuição, ou se lança mão da justificação preparatória (Código de Processo Civil, arts. 735-738), ou se propõe, desde logo, a ação em processo ordinário, ou se usa a forma dos artg.

451-453 do Código de Processo Civil, com fundamento na semelhança com a ação do art. 451, *§* 1.0, 1.8 parte *(verbis* —para haver o meio valor‖).

Ainda o Código de Processo Civil, no art. 451, *§* 1.0, 13 parte, enunciou: —Igualmente procederá o confinante para haver o meio valor da parede divisória construída até meia espessura no terreno contíguo, se travejada pelo vizinho‖.

O art. 451, *§ ~ 1~8* parte, refere-se à ação do Código Civil, art. 580, 1.8 alínea, *in tine.* Supõe-se que o autor construiu *primeiro* que o réu e tem, por isso, pretensão a haver o meio valor da parede. Do direito material resultou que, ao ter de murar, ou construir parede, é erro murar ou construir só no seu terreno. Toda conveniência existe em que se exerça, desde logo, a pretensão do art. 580 do Código Civil, para que, vindo o vizinho com a ação do art.

579, não adquira metade do terreno que fica por banºo da parede ou muro. A ação é de condenação, e de condenação a sentença, no caso do art. 451, § 1.0, 1.8 parte.

No *§* 2.0: —O juiz homologará ou corrigirá o arbitramento, depois de ouvidas as partes no prazo comum de cinco dias‖.

A sentença não é homologatória, pelo menos não no é sempre; ocorre, às vêzes, que o juiz aceite o arbitramento, homologando o laudo, sem a sentença denºar de ser, por isso, no caso do art. 451, *§* 1.0, 2.8 parte, sentença de condenação. A confusão, encontradiça em julgados e livros, é de se evitar. Nem toda sentença que homologa é simplesmente homologatária isto é, sé constitutiva integrativa, pelo elemento de *aio oficial* necessário à constituição do negócio jurídico).

Quid juris, se houve *contestação* das afirmações do autor? Exemplo: se o citado alega que o réu não tem direito ao uso e à aquisição (art. 451, *§* 1.0, 2.8 parte>, ou à indenização (art. 451, 1.~, 13 parte). Não se tem de aplicar o rito ordinário, porque se denºou ao juiz, sem maiores

cuidados de procedimento, dirimir tais dúvidas <cf. art. 458).

Como se trata de relação entre vizinhos, decide o titulo do autor, ou, melhor, o seu direito de construir ou de usar.

O elemento executivo não chega a caracterizar a ação, preponderantemente de condenação <art. 451, *§* 1.0, 13

parte), mas existe. A decisão, dirimindo a dúvida, se nega a pretensão, inclusive no caso do .art. 452, é suscetível de apelação (arts. 820 e 880, *§* 2.0). A que afirma a pretensão e ordena o arbitramento é de cognição superficial, não faz coisa julgada formal, de modo que só se dá a coisa julgada formal com a sentença posterior ao arbitramento. A apelação sôbre essa pode apreciar as questões de mérito suscitadas pelo réu, ainda que constantes da decisão que dirimir as dúvidas.

Acrescenta o art. 452, alínea 1.8, do Código de Processo Civil: —Passada em julgado a sentença que homologar o arbitramento, depositar-sé-á em juízo a importância da indenização, na hipótese do artigo anterior e na do seu *§* 1?, *in fine,* expedindo-se, no primeiro caso, mandado para que o autor possa utilizar-se da parede‖. Na alínea 2.8: —Na primeira hipótese do *§* 1.0 do artigo anterior, o direito que ao réu assistir de travejar a parede do autor, ficará dependendo da indenização de metade do seu valor, apurado em arbitramento‖.

Ainda o Código de Processo Civil, art. 453: —O arbitramento não se fará sem que se dirija qualquer dúvida sôbre se a parede divisória suportará a nova construção‖. Suportar a parede a nova construção, travejamento, ou madeiramento, ou o que fôr, é *condicio iuris* das pretensões dos arts. 579 e 580 do Código Civil. Não da pretensão do art. 451, *§* 1.0, 1.a parte. Verifica-se isso por meio de perícia, anterior ao arbitramento. Sôbre essa perícia, têm de ser ouvidas as partes. É supérflua, se não há dúvida sôbre a suportabilidade da construção. É perícia para prova de *afirmações* dos interessados (arts. 254-256, 258). O prazo para que as partes se manifestem é de cinco dias (arg.

aos arts. 257 e 451, *§* 2.0).

8.AçÃo DO ART. 451 DO CÓDIGO DE PRocEsso CIVIL. Diz o Código de Processo Civil, art. 451: —Nas cidades e vilas e nos povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono do terreno vago, que pretender madeirar na parede do prédio contíguo, poderá requerer que se nomeie perito, citado o proprietário vizinho para acompanhar o arbitramento do meio valor da parede e do chão correspondente‖. Cf.

Código Civil, art.

579. São pressupostos objetivos: *a)* haver construção a fazer-se, apoiando-se na parede do vizinho; *b)* ter a parede do vizinho resistência para suportar o apoio. Se, a despeito da sentença sôbre a pretensão a usar da parede, rui essa, ou se racha, ou de qualquer modo se estraga com o pêso, a sentença <constitutiva, conforme se dirá adiante) não é obstáculo à indenização pelo comuneiro. O julgado opera como operaria o negócio jurídico (R. POLLAK, *System,* 23), com pressuposto objetivo *(condicio iuris)* de fato material; mas não estabelece, *no futuro,* a verdade do fato material, que foi, no passado, *canclicio iuris.* Daí a possibilidade de se requerer a caução do art. 580, parágrafo único, do Código Civil. A parte de terreno que se adquire não produz comunhão *pro indiviso,* mas comunhão *pro diviso* (meio-chão). Em todo o caso, a figura é a da parede-meia ou do muro-meio, que antes estudamos, e escritores superficiais> ou desatentos ao direito brasileiro, lamentàvelmente confundem com as paredes indivisas e os muros indivisos, chamados paredes comuns ou muros comuns, Nas paredes comuns e nos muros comuns, cada vizinho tem parte ideal <há, pois, condomínio) ; nas paredes-meias e nos muros-meios, não, porque há linha vertical que divide pelo meio a parede ou muro e, com ela, o terreno que lhe fica por banºo e a coluna de ar, segundo os princípios. Veja *§§* 1.550 e 1.551.

A parede-meia certamente tem de sofrer o fato da indivisibilidade material da —parede‖, com algumas conseqüências desse fato; porém o que está à base e no cerne da construção jurídica, da *categoria,* é a propriedade até a *meia* espessura, isto é, até ao plano vertical que divide, *na idéia,* a corporeidade indivisível da coisa. Sem nº

elemento da idéia não se poderiam levar ao direito, divisas, as —metades‖ da parede-

-meia. Convicções filosóficas e sugestões econômicas presidiram a isso.

A nota mais característica da doutrina luso-brasileira foi a probidade das convicções, a lealdade às fontes. Os velhos livros refletem a honestidade científica dos pesquisadores de outrora, a elegância enérgica nas críticas recíprocas, o propósito de aceitar, com todo o respeito, a ciência, que é de todos os povos, e o direito positivo interno, que é de cada Estado. Já é tempo de voltarmos a essa linha histérica.

Nunca é demais insistir-se em que não é possível construir-se qualquer coisa de sólido, em ciência, sem se policiarem devidamente os

conceitos e as proposições, porque é com eles que trabalha a lógica da ciência. É aí justamente que cada investigador vem colaborar na obra de todos e servir às gerações seguintes, sem falsas aparências.

9.AçÃo NEGATÓRIA E AÇÃO CONFESSÓRIA. A ação negatória é objeto de todo um capítulo do Tomo XIV

(§§ 1.583--1.586). Supõe a ofensa ao direito de propriedade sem ser à pesse. Portanto, é inconfundível com as ações possessórias, e com a reivindicação. Também o é com a declaratória. Os direitos de vizinhança são limitações ao conteúdo do direito de propriedade. Quem, para a prática de algum ato, positivo ou negativo, alega a titularidade de qualquer deles, *sem no ter,* e ofende o direito do vizinho, sem que tal ofensa atinja a pesse, pode ser legitimado passivo, na *ação negatória* que o ofendido intente. Se, em vez disso, a ofensa é contra êle, titular do direito de vizinhança, a *ação possessória* nasce.

CAPITULO II

TAPUMES

§ 1.556. Tapumes, o nome e a coisa

1.TAPAR. *Tapar* é cobrir com tampa, ou tapadura, expressões essas, de origem árabe, de que também nos ficaram tapagem, tapamento, tapada, tapadouro, tapigo <sebe de mato travado e outro sentido antiquado que lhe encontrou frei JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITNIP, *Elucidário),* tampa, tampão, tampar. Na *Crônica, dei Rei D. João III,* de FRANCISCO DE ANDRADE, —tapume‖ é o mesmo que —tapagem‖ <—desfazendo tranqueiras e tapumes que tinham feito com árvores cortadas‖) e na *História da Índia,* de ANTONIO PINTO PEREIRA, tapagem é cêrca. As Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 48, *§* 4, falam de —tapamentos das herdades‖. O art. 588, *§* 2.0, do Código Civil contém definição de tapume.

Ao direito de propriedade corresponde o tapamento, não como direito

dependente, e sim como um dos atos pelos quais se exerce a exclusividade do direito sôbre a coisa. Quem demarca exclui o confinante, em ato ou em ação; quem tapa, não só exclui o vizinho, exclui a êle, se é no limite que põe o tapume, ou a todos, inclusive os vizinho~, se a tapagem se fêz em linha que dá para terreno público. O ato de tapagem vai desde o simples canteiro de flOres, ou linha de gramado, ou marcos, ou escrito (—proibe-se entrar‖) até os altos muros, vedativos de entrada e de vista.

No direito privado brasileiro, não há, em princípio, dever de tapar: o Código Civil, art. 588, § 2.~, abre exceção.

As poucas alusões do velho direito português aos tapamentos mostra, de si só, que mais preocupavam aos peninsulares os modos de adquirir que os modos de usar e cercar a propriedade.

2.TESE E ANTÍTESE. O principio antitético, que é o do interêsse dos outros proprietários e da sociedade, que tem de preferir o bom ao mau uso dos terrenos, por nascerem limitações à faculdade de tapar ou vedar os prédios.

Uma delas, e a mais grave, foi a do art. 559 do Código Civil, mas aí a exclusividade é ferida porque a limitação apanha o espaço mesmo, recorta o prédio. A tapagem tem de se reger, nos novos limites, pelas regras comuns.

Assim, o art. 559 de modo nenhum limita a faculdade de tapagem; limita o próprio conteúdo espacial do direito de propriedade.

Também a faculdade de tapar sofreria a limitação que advém ao conteúdo espacial do direito de propriedade com a navegação dos rios de uso comum do povo <Código Civil, art. 66) ; mas, se o rio não pertence aos donos dos terrenos, como *ex hypotkesi,* nenhuma limitação houve, nem há.

3.MEIOS DE TAPAMENTO. A lei não prevê *quais* sejam os meios de tapamento; apenas exemplificou: —sebes vivas‖, cercas de afame‖, —cêrcas de madeira‖, para logo usar dos termos mais amplos <—ou quaisquer outros meios de separação dos terrenos‖). A vala, ou valado, o muro, as árvores, tais como as recortáveis de que tanto se servem no Brasil os proprietarios, os gradis de ferro ou de madeira, o tabique, são tapumes. Quanto à *espessura,* o direito brasileiro não concebia qualquer direito do proprietário a avançar pela metade do tapume na terra do vizinho. O art. 580 do Código Civil de modo

nenhum se referiu a tapume, nêle só se cogitou da parede divisória.

Mas há o art. 643, que adiante estudaremos.

O Código de Processo Civil, art. 451, *§* ~ a parte, fala de ação —para adquirir o tapume‖. A ação do art. 588, 2~

§

1.0, não é *constitutiva:* se proposta pelo que quer haver o *preço* da obra, *de condena*ção. E a ação do art. 580

também não é constitutiva É declaratória, se proposta pelo que primeiro construiu para se declarar o seu direito de vizinhança; condenatoria, se tem como pedido o meio valor da parede (art. 580). No caso do art. 580, 2~a parte, a formação da largura do alicerce e da profundidade, se o terreno não é de rocha, pode ser em *comunicação de vontade* do vizinho que não está a construir, ou em ação intentada pelo que vai construir, contra nº. Não há constituição de direito. Há elemento declarativo e elemento executivo (cp. Código de Processo Civil, art. 1.006), se nº não comunica a sua vontade sôbre a extensão, para que seja homologado o laudo. A referência do art. 451, *§*

1.0, 2.a parte, não é, pois, ao caso do art. 588, onde aliás não há direito de vizinhança à *aquisição de terreno.* O

legislador processual confundiu o direito à tapagem com o direito à parede-meia e metade da espessura <art. 580), porque essa não seria ação constitutiva, e sim ação declarativa; criou direito nôvo dos proprietários. A ação do art.

451, *§* 1.0, 2a parte, do Código de Processo Civil é a do art. 463 do Código Civil.

§ 1.557. Direito de tapagem

1.CÊRCA. TAPUME PRIVATIVO E TAPUME COMUM. Cada proprietário tem, segundo o princípio da utilização de todo o espaço ocupado pelo terreno, o direito de cercá-lo, murá-lo, escolhendo para isso os materiais que entenda. Naturalmente, tais construções divisórias, desde as paredes e cêrcas vivas, têm de ser dentro do seu terreno até à linha do limite. É o *tapume próprio* ou *privativo.* Veremos, adiante, o que pode acontecer <Código Civil, arts. 648-645).

Se algum proprietário cerca o seu terreno, tem de fazê-lo *antes* da linha por onde passa o limite; não pode ir além dela. A respeito de tapumes não há o direito de vizinhança que se menciona, quanto à parede divisória <não cêrca!), no art. 580. Quem vai fazer cêrca ou vala, ou banqueta, ou qualquer outro meio de separação dos terrenos, não tem o direito de assentá-lo até meia espessura no terreno contíguo. Tapume não é parede divisória de construção. Tem, contudo, pretensão a adquirir (art. 648), conforme veremos.

2. DIREITO DE VIZINHANÇA. Mas qualquer proprietário de terreno tem *direito de vizinhança à* cooperação; e pretensão a receber do vizinho confinante a metade das despesas de construção e conservação do tapume. O art.

588 diz: —O proprietário tem direito a cercar, murar, vaIar, ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, conformando-se com estas disposições: *§* 1.0 Os tapumes divisórios entre propriedades presumem-se comuns, sendo obrigados a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação, os proprietários dos imóveis confinantes. *§* 2.0 Por *"tapumes"* entendem-se as sebes vivas, as cêrcas de arame ou de madeira, as valas ou banquetas, ou quaisquer outros meios de separação dos terrenos, observadas as dimensões estabelecidas em posturas municipais, de acordo com os costumes de cada localidade, contanto que impeçam a passagem de animais de grande porte, como sejam gado vacum, cavalar e muar. A obrigação de cercar as propriedades para deter nos seus limites aves domésticas e animais, tais como cabritos, porcos e carneiros, que exigem tapumes especiais, cabe exclusivamente aos proprietários e detentores. *§* 4□O Quando fôr preciso decotar a cêrca viva ou reparar o muro divisório, o proprietário terá direito de entrar no terreno do vizinho, depois de o prevenir. Éste direito, porém, não exclui a obrigação de indenizar ao vizinho todo o dano, que a obra lhe ocasione.

Serão feitas e conservadas as cêrcas marginais das vias públicas pela administração, a quem estas incumbirem, ou pelas pessoas, ou empresas, que as explorarem‖.

O art. 588 ressente-se de terem sido introduzidas três regras da Lei n. 1.787, de 28 de março de 1907, uma do Código Civil do Cantão de Zurique (art. 163), outra de criação de COELHO RoDucuEs (Projeto, art. 1.448), alheia ao direito civil. Em todo caso, melhor foi assim do que se tivesse permanecido a concepção do Projeto primitivo, que apenas falava de condomínio de cêrcas e valas. O que primeiro se deve

observar é que o art. 588, incluído na Seção V (Dos Direitos de Vizinhança), tratou mais, em quase todos os seus enunciados, do conteúdo do direito de propriedade, do que de *limitações a* êle. O art. 588 reafirma, apenas, êsse conteúdo quanto à vedação ou tapagem.

3.CÓDIGO CIVIL, ART. 588, *§* l.~‘ O *§* 12 contém duas proposições ou regras jurídicas diferentes:

<a) Os tapumes divisórios presumem-se comuns, regra de presunção *inris tant um,* que apenas faz presumir-se comum o tapume do terreno *não-demarcado,* porém que, na discussão sôbre a pesse, ou quando a pesse seja elemento para solução em caso de limite confusão (Código Civil, art. 570), tem valor teórico e prático. A cêrca exprime que os confinantes não repeliram a interpretação dos limites pela linha por onde ela passa. Daí a presunção para a pesse, que a regra do art. 588, *§* 1.0, 1~a parte, reforça. Porém a regra concerne aos próprios tapumes: são eles que se presumem comuns. Não se leia o art. 588, *§* 1.~, 1a parte, como se contivesse presunção *inris tantum* de que os prédios se presumem ter por limite a linha por onde passa o tapume. Não há na lei civil essa presunção. Aliás, o art. 571 já dissera o mesmo que o art. 588 repete; porém no art. 571, dir-se-á, há largueza que apanha o —intervalo‖ e a vala‖. A objeção não é procedente. Entende-se que o intervalo, o muro, ou a vala, e a cêrca pertencem a ambos os confinantes; não que eles tracem os limites da propriedade.

<b) Cada confinante tem contra o outro o *direito de vizinhança* consistente em que êsse concorra, em partes iguais, para as despesas da construção do tapume, bem como da sua conservação, quer já o tivessem encontrado feito, quer eles o hajam construído, quer um só o tenha pôsto. A pretensão a haver as despesas da conservação, ou a que o confinante por metade o conserve, é independente da pretensão a que o confinante construa por metade, ou pague metade das despesas feitas ou por se fazerem. Há, ai, evidentemente, direito de vizinhança, pois que há *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. Segundo o princípio-tese, cada proprietário só-mente cerca, ou tapa, ou rodeia de sebes o seu terreno *se entende fazê-lo.* Não tem o dever disso. É em virtude do princípio-antítese que êle tem o *dever de vizinhança,* segundo o qual, limitando-se o conteúdo do direito de propriedade, cada confinante é

—obrigado‖ a concorrer, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação.

O art. 588 é regra de direito privado. Dai não se tire regra de direito

público, nem, a *fortiori,* a absurda conclusão da 13 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 29 de abril de 1948 <*R.F.,* 125, 226).~ O

próprietário tem o direito de cercar. O dever de cercar foi previsto no art. 588, *§§* 1.0 e 3.~ Tem o direito e o dever de cercar o possuidor (23 Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de agôsto de 1948, *A. J.,* 91, 28). O comuneiro de muros e tapumes não os pode destruir, devendo, se o faz, ainda sem culpa, indenizar <Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 13 de dezembro de 1924, *R. F.,* 44, 217). O dever de tapume <art. 588, *§§*

1.0 e 3.0) independe de negócio jurídico entre os confinantes:

há ação de cominação com base no art. 302, XII, do Código de Processo Civil, por se tratar de obrigação legal

<sem razão, a □

1 a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28 de novembro de 1944, 1?. *dos T.,* 163, 387). Primeiro hão de ser conhecidos os limites (1ª Câmara Civel, 26 de março de 1946, 1?. E., 107, 104).

Se o confinante se apressa em fazer o muro ou cêrca, tem de exercer, extrajudicialmente ou judicialmente, a pretensão às despesas <33 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de setembro de 1928, *R. dos 7.,* 68, 364). Isso não quer dizer que não haja ação para cobrar as despesas feitas <sem razão, a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de maio de 1929, 67, 333). Qual o meio de separação que se há de empregar (muro, cêrca, cêrca viva), depende do uso local, ou da natureza das construções limítrofes, ou da utilização. É assim que se hão de entender os acórdãos da 33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de dezembro de 1944 <*R. dos T.,* 15% 698: ..... tão-conseqüências nas dos gastos com um tapume para vedar a passagem de animais de grande porte‖), da 23 Câmara Civil, a 26 de novembro de 1946 (165, 747: —O vizinho é obrigado a contribuir para a feitura de tapumes divisórios mesmo nos pontos em que não haja plantações, porque as cêrcas não se destinam apenas a protegê-las contra a invasão de semoventes, mas também os próprios animais, para que não se embrenhem pelo mato, onde ficam sujeitos ao berne e ervas venenosas e oferecem grande dificuldade para serem arrebanhados‖), e da 63 Câmara Civil, a 20 de junho de 1947 <170, 182>.

A interpretação do art. 588, *§* 29, como se só houvesse dever de tapagem se é preciso impedir passagem de animais de grande porte, é contra direito. O art. 588, *§* 19, já dissera quais os pressupostos para nascer êsse dever. No *§ 2.*[a]

apenas se acrescenta que tapumes são sebes vivas, cêrcas de arame, ou de madeira, valas ou banquetas, ou *quaisquer outros meios de separação dos terrenos.* As posturas municipais determinam as dimensões, de acordo com os costumes locais, mas hão de ser tais que impeçam a passagem de animais de grande porte. Onde há gado vacum, cavalar ou muar, o tapume há de ser tal que impeça a passagem. As posturas municipais estão adstritas a isso..

O acórdão da 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de abril de 1947 *(R. dos 7.,* 168, 692), que leu o art. 588, *§* 1.0, como se dependesse do *§* 2.0, foi contra direito:

—o vizinho‖, disse, —não é obrigado a concorrer para as despesas com muro limítrofe, mas tão-somente nas dos gastos com tapume para vedar a passagem de animais de grande porte‖; no entanto, a parte final do *§* 2.0 do art.

588 nada tem com o *§* 1.0, só se refere às posturas municipais, que hão de exigir, onde haja gado vacum, cavalar e muar, que os tapumes lhe impeçam a passagem.

O erro é tão grande quanto o de se exigir negócio jurídico anterior para se ter a pretensão à metade das despesas.

Se o não houve, nem condenação anterior a que se haja seguido execução, ou o que fêz o tapume exige a metade das despesas, ou abre mão disso, sem que cesse ao vizinho a pretensão a haver, pagando a metade, a meação no tapume (63 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de junho de 1947, *R. dos* 7., 170, 182). É certo que, fazendo, só, as despesas do tapume, presume-se por presunção *hominis* que o proprietário quis só seu o tapume, conforme disse a 6~a Câmara Civil (11 de junho de 1948, 175, 693) ; mas essa atitude não tira ao vizinho a pretensão, em qualquer tempo, a haver a metade do tapume, prestando a metade das despesas, nem ao proprietário, que construiu, a ação para haver a metade, ação que se justificaria, se não existis~e por si, como ação de enriquecimento injustificado. A 63 Câmara Civil entendia <também, a 31 de março de 1949) que teria de ser proposta, necessâria—mente, antes, a ação cominatória; sem

ela, precluiria a ação pela metade das despesas. onde encontrou ela, para decidir à semelhança da 13 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 28

de novembro de 1944 (163, 337), texto de lei que fizesse pressuposto necessário da pretensão à metade das despesas <direito material) a forma cominatória, ou qualquer requisito de tempo? O que o art. 588, *§* 1.0, estabelece, exaustivamente, é que *(a)* os tapumes divisórios entre proprietários se presumem comuns <presunção *iuris tantum,* que cede à prova de que um só dos confinantes o~s construiu), e *(b)* os proprietários confinantes têm de concorrer, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação. O direito é formativo gerador (art.

567, *verbis* —mediante prévia indenização‖>.

O proprietário prejudicado, além do direito à indenização a que se refere o art. 567, tem o de reparação de quaisquer danos posteriores, que resultem de infiltração ou irrupção das águas, ou de deterioração das obras <art.

567, parágrafo único). Tais pretensões não excluem as pretensões à segurança, inclusive à caução de dano infecto.

9.NATUREZA DO DIREITO E PRESSUPOSTOS. O direita oriundo do art. 567 não é independente, é elemento do direito de propriedade do dono do prédio. A sentença a respeito dele é declarativa; mas a indenização prévia faz o seu exercício depender disso, portanto intervém o elemento constitutivo. Se o titular de tal direito *já* utilizou o prédio, então no terreno da pesse é que se decide, porém o direito à canalização mediante indenização prévia pode ser objeto de reconvenção ou de defesa.

Quanto aos pressupostos, é preciso que o sujeito passivo do direito seja dono de prédio rústico, que não seja *chácara* murada (terreno para plantação, no sentido em que está no Código Civil), ou sitio murado, quintal, pátio, horta e jardim. O muro, a que se refere a lei, é só o muro de pedra ou de tijolo. Também se exige que a canalização seja em proveito agrícola ou industrial. O direito do art. 567 não é só do proprietário. A limitação que êle entalha é ao conteúdo do direito de propriedade; o direito, que êle denºa embutir-se no entalhe, é de quem quer que seja que necessite de canalizar, em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito. Quanto ao art. 567, parágrafo único, é regra de indenização do dano, mas de caráter *real.*

Naturalmente dirigida contra o que fêz as obras, ou as explora, porém não só contra êle: contra o proprietário ou o possuidor atual do fundo. <Um dos conceitos, que aqui se exploram, o de direitos dependentes reais, marca a diferença entre esses direitos e os direitos independentes, não reais, que valem contra terceiros com a *averbação, e. g.,* Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1928, art. 59.)

O Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), diz, no art. 109: —A ninguém é licito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros‖. Acrescentou o art. 110: —Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos.‖ O art. 109 contém regra jurídica sôbre ilicitude. Não se estabelece mais do que limitação ao conteúdo do direito de propriedade; mas é indiscutível que se lhe fnºou êsse limite, explicitamente. Se não houvesse o art. 109 do Decreto n. 24.643, nem por isso denuaria de existir a limitação, insita no art. 554 do Código Civil, que conforme se expôs tornou limitação ao conteúdo do direito de propriedade o —mau uso‖. Conspurcar ou contaminar é mau uso; e não se exige, na espécie, dolo ou culpa.

O Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 <Código de Águas), diz, no art. 111: —Se os interesses relevantes da agricultura ou da indústria o exigirem, e mediante expressa autorização administrativa, as águas poderão ser inquinadas, mas os agricultores ou industriais deverão providenciar para que elas se purifiquem, por qualquer processo, ou sigam o seu esgôto natural‖. Acrescenta-se no art. 112: —Os agricultores ou industriais deverão indenizar a União, os Estados, os Municípios, as corporações ou os particulares que pelo favor concedido no caso do artigo antecedente $orem lesados‖. A indenização é por ofensa aos vizinhos ou aos que, próximos ou não, usem as águas, e não se exige a culpa para se estabelecer a responsabilidade.

O Decreto n. 24.643 <Código de Águas) diz, no art. 113: —Os terrenos pantanosos, quando, declarada a sua insalubridade, não forem dessecados pelos seus proprietários, sê-lo-ão pela administração, conforme a maior ou menor relevância do caso‖. Acrescenta o art. 114: —Esta poderá realizar os trabalhos por si ou por concessionários‖. No art. 115: —Ao proprietário assiste a obrigação de indenizar os trabalhos feitos, pelo pagamento de uma taxa de melhoria sôbre o acréscimo do valor dos terrenos saneados, ou por outra forma que fôr determinada pela administração pública‖.

Finalmente, no art. 116: —Se o proprietário não entrar em acordo para a realização dos trabalhos nos termos dos dois artigos, dar-se-á a desapropriação, indenizado o mesmo na correspondência do valor atual do terreno, e não do que êste venha a adquirir por efeito de tais trabalhos‖. A declaração de insalubridade é ato estatal de comunicação de fato (= comunicação de conhecimento): o Estado enuncia que a terra é insalubre. Firmado nela, pode o Estado interpelar o proprietário. Se êsse não providencia para a dessecação, pode o Estado aí gestor de negócios alheios, com poder conferido por lei realizá-la. A indenização tem de ser justa. Os atos do Estado estão, como todos, sujeitos à apreciação judicial, e o art. 141, *§* 49, da Constituição de 1946 pode ser invocado.

10.CÓDIGO CIVIL, ART. 568. Diz-se no art. 568 do Código Civil: —Serão pleiteadas em ação sumária as questões relativas à servidão de águas e às indenizações correspondentes‖. Entendia-se, antes do Código de Processo Civil, que o rito sumário seria o em que se exerceria qualquer ação concernente a direito de vizinhança ou a servidão. Hoje, a forma é a do preceito cominatório, ou a ordinária da ação declaratória (Código de Processo Civil. arts. 302, VII, VIII e XII, 2.0, parágrafo único), ou da negatória, ou da condenatória.

§ 1.544. Limites entre prédios

1.LIMITAÇÕEs AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E ABUSO DO DIREITO. Toda a matéria de limites atende às dimensões do terreno e dos edifícios ou outras obras e às relações entre vizinhos. Nessas relações entre vizinhos há entrechoques que se resolvem pela teoria do *abuso do direito* <Código Civil, art. 160, 1>, mas a lei, desde logo, estabeleceu *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade e, pois, direitos de vizinhança a favor do confinante. <a) Diz o Código Civil, art. 569:

—Todo proprietário pode obrigar ô seu confinante a proceder com Me à demarcação entre os dois prédios,, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruidos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas‖. No Código de Processo Civil, art. 415, diz-se que a ação de demarcação compete —ao proprietário ou condômino de um prédio contra os possuidores do prédio confinante, para a fnºação de muros novos ou aviventação dos existentes‖. A ação, de que se trata, é a de demarcação, a *actio finium regundorum.*

(b)No art. 570, estatui o Código Civil: —No caso de confusão, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a pesse; e, não se achando ela provada, o terreno contestado se repartirá proporcionalmente entre os prédios ou, não sendo possivel a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao proprietário prejudicado‖. Também aqui não há discussão, disputa; as partes estão diante de situação que lhes cria e ao juiz perplexidade. Tem de ser vencida. Apresentou-se, assim, ao legislador o problema de técnica legislativa.

No direito anterior, propendia-se para certo arbítrio judicial, não somente em caso de confusão, como em caso de ser necessário *regularizar* o terreno <CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* ed. de 1918, 281). Na L. 2, *§* 1, D., *finiumn regundorum,* 10, 1, permitia-se ao juiz da demanda, quando não pudesse determinar as lindas, dirimir a controvérsia por meio de adjudicação; mais ainda: se, acaso, para fazer desaparecer a obscuridade das antigas linhas, quisesse o juiz dirigir os limites por outra parte (per aliam regionem fines dirigere), podia fazê-lo por meio de *adjudicação* e *condeno do.* O Código Civil não foi até aí. Só admite a função do juiz segundo o art. 570, em caso de *confusão de limites.* No *§* 6, 1., *de officiu judicis,* 4, 17, no caso do rio que muda constantemente o curso, para estabelecer, duràvelrnente, a paz entre os vizinhos, podia êle adotar limites mais oportunos. Também até ai não foi o Código Civil. A mudança de curso, no caso de limites arcifinais, pode ser causa de confusão de limites; porém, então, é a confusão de limites que se faz pressuposto suficiente. (c) No Código Civil, o art. 571 disse: —Do intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória entre prédios, têm direito a usar em comum os proprietários confinantes, presumindo-se, até prova em contrário, pertencer a ambos‖. A regra nada tem com o direito de propriedade, ou com o uso do muro, do intervalo denuado, da vala, da cêrca, ou de qualquer outra obra, se no solo do vizinho, porque então *superficies solo cedi?;* nem com o direito de propriedade, ou com o uso do intervalo denºado, do muro, da vala, da cêrca, ou qualquer outra obra, se *sObre a linha* divisória, isto é, parte de um lado e parte de outro, porque, então, pelo mesmo princípio, o que está num terreno é dolo e só dele.

2.DIREITO ROMANO. PAULO, na L. 1, 1)., *finium regun.dorum,* 10, 1, dizia que a ação *finium regundorum* é pessoal, pôsto que sirva à vindicação da coisa: —Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est‖. ~ O objeto da ação era *fines regere,* acidentalmente restituia? A opinião de WIEDERIIOLT

<Bemerkungen Uber die *actio finium reguridorum, Zeitschrift fiir Zivilrecht und Prozess,* 13, 40 s.) era essa; mas a dos outros juristas, não, devido a caberem as *contraversia>e de tine* e as *controversiae de laco <e. g.,* E.

HOFFMANN, Wesen der *acUo finium regundorum, Archiv /1W die civilistische Praxis,* 31, 502 s.; In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen tritt eine *Ádiucatio* bei der *actio finium regundorum* em?, 35, 850 s.; Cna. A. HESSE, *Die Rechtsverhtiltnisse zwischen Grundstiicksnachbarn, li,* 158 s.; A. 1< RUDORFF, *Schriften der rõmischen Feldmesser,* II, 438 s.; O. KARLOWA, *Beitrãge,* 141 s.). Verdade é, porém, que a *actio finium regundorum* se precisou depois, denºando o campo que pertencia à reivindicação e à ação pessoal de restitu!ção: ficou apenas a ação concernente ao *confinium,* já distanciada da ação que remontava, pelo menos, à Lei das XII Tábuas (PAUL JORS-W. KUNKEL, *Rãmisches Privatrecht,* 3□8 ed., 252). No trato contemporâneo da ação *finium regundorum* tem-se de evitar mistura de épocas.

A ação de demarcação é dúplice. Os limites a serem declarados são os limites entre os dois prédios < = dos dois prédios). Na L. 10, 13., *finium regundorum,* 10, 1, JuLUNo diz: —ludicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex bis habeant agentis et eius quocum agitur‖. A duplicidade da ação nio ocorre porque a ação *finium regundorum* seja divisória, só acidentalmente o é; nem porque- seja complexo de vindicações reais modificadas, de um proprietário contra outro, como parecia a E.

1. BEKKER <*Die Aktionen,* 1, 244), de modo nenhum o é, nem nunca foi. Há obrigação de demarcação e de deslindação, dos dois lados, como há as pretensões recíproca-mente dirigidas. Quando a inundação confunde os limites de um terreno, o Estado promete a tutela jurídica, primeiramente com os meios da agrimensura (ULPIANO, L. 8); depois, pela pesse, ou pela proporção, ou pela adjudicação a uma e indenização à outra parte. A duplicidade faz ser igual o anus da prova, o que o direito canônico pôs em relêvo (C X, *De proba.tionibus,* II, 19), se bem que ressalvasse a importância da pesse justa.

8.OBJETO DA DEMARCAÇÃO E DA DESLINDAÇÃO. <a) Á demarcação tem por fito evitar a confusão de limites, ou pôr fim à confusão já ocorrida. Quando se avivam limites, demarca-se, mas também é demarcar encontrar solução que estabeleça, em vez da confusão de limites, limites novos que talvez sejam os mesmos que

antes havia e talvez outros. Não há, na demarcação, outro propósito que o de precisão de limites, ou porque já faltem os marcos, ou porque nunca os tenha havido, ou porque foram mudados, ou destruidos. A ação é de chamada à colaboração no restabelecimento ou estabelecimento de marcos, cêrcas vivas ou outros sinais que apontem os limites. O direito e a pretensão à demarcação, como o dever e a obrigação de atender a ela, são elemento ali positivo e aqui negativo do conteúdo do direito de propriedade imobiliária. Também~ aqui direito e dever são conceitos que revelam a elipse (poder de demarcar, dever de demarcar, elementos do direito de propriedade) : A pode e B também pode, a solução é a reciprocidade de poderes. A pretensão a demarcar é imprescritível. Nem se compreenderia renúncia, com eficácia real, ao —direito à demarcação‖: seria renúncia à propriedade sem se renunciar a ela; o que faz gritar a contradição. A pretensão pode ser exercida em negócio jurídico declarativo, ou em ação judicial de demarcação.

(b) É preciso que se não confundam a ação de demarcação, ainda quando haja limites confusos, e a ação de reivindicação de parte de terreno ou de restituição. Essa, à diferença daquela, é cheia de elemento condenatório, pois que se alega contra o demandado que tem pesse do que não lhe pertence.

Na ação de demarcação, se se sabe, de início, que há confusão de limites, ou se sobrevém tal dado fáctico, o conteúdo da ação distingue-se daquele que ela teria se só se tratasse de avisar ou pôr os marcos, cêrcas vivas ou outros sinais. O Código Civil, art. 570, diz: —No caso de confusão, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a pesse; e, não se achando ela provada, o terreno contestado se repartirá proporcionalmente entre os prédios, ou, não sendo

possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao proprietário prejudicado‖. A *pretensão a. que cesse a confusão,* a pretensão à deslindação, o *Grenzscheiduvtgsanspruck* do direito alemão, insinua-se na pretensão à demarcação: em vez de só querer demarcar, quer-se demarcar, deslindando-se o terreno.

O *des* de deslindar não é *des* de —desfazer‖; é o *des* de —descrever‖: não é o *dis; é* o *des* de —desenvolver‖, de

—demarcar‖. A *Grenzscheidung* junta-se à *Grenzabmarkung,* que é a demarcação. Quem demarca marca, põe marcos; quem deslinda póe lindes, aviventa-as, porque deslindar é determinar, esclarecer.

(c) Se pesse e titulo coincidem, tudo se torna fácil ao juízo demarcatório. Se do título discrepa a pesse, ou algum dos confinantes entende que possui a parte reputada alheia como própria e afirma a prescrição da ação reivindicatória do confinante cujo terreno foi invadido, o que faz imprópria a simples ação de demarcação, ou nada alega e põe claro que possuía o que era seu e sôbre o alheio tinha, apenas, a despeito de qualquer *animus, a* tença.

O juízo, traçando os limites, declara o que 4 de um e o que é de outro, sendo no plano fáctico de atender-se ao que juridicamente se declarou. Se, pelos títulos, não se pode dizer por onde passaria a linha, a pesse é tida e conseqüências nessa espécie como expressiva do que antes teria sido (cf. Supremo Tribunal Federal, 14 de janeiro de 1943, *R. F.,* 95, 577; e 2.~ Turma, 24 de janeiro de 2947, 112, 388). Supõe-se não haver discordância quanto aos títulos e à pesse; e querem os confinantes que o juiz demarque.

O art. 570 fala de —outro meio‖. Outro meio em relação à pesse. Outro meio, e principalissimo, é o titulo j, Há

—outro~~ meio além desse? Respondeu afirmativamente a Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 21 de março de 1925 *(R. 9.,* 44, 583) ; negativamente, o Tribunal de Justiça, a 17 de abril de 1947 *(R. dos* 2‘., 169, 818, e .7?. 9., 115, 532). Para sustentar a afirmativa, o julgado de 1925 citou a JOAQUIM INÁCIO

RAMALHO *(Praxe Brasileira, §* 288, 458), que disse: —Podem as partes usar por prova assim de instrumentos como de depoimentos de testemunhas, sendo bastante a fama para mostrar-se que os limites são antes por uma do que por outra parte‖, a FREITAS e Coma TELES e A. J. MAGnO SOARES. Todos o beberam em ÁLVARO

VALASCO, MANUEL MENDES DE CASTRO e ANTÔNIO LOPES LEITÁO, através de CORREIA TELES. O

processualista maior, MANUEL MENDES DE CASTRO *(Practica Lusitana,* II, 210), elucida que, regularmente *(=* de ordinário), limites antigos são de respeitar-se e, na dúvida, se não presume terem mudado; e, para os provar, basta prova semi-plena. Acrescenta: —Et praxis est, ut quilibet eam reus, quam actor edere, et exhibere alteri instrumentum, quod habet suae pessessionis. In confinibus autem probandis articulari debet. De fama, et communi opinione, et exercitio per refectione aggerum, et per custodiam locorum, et per instrumenta directiva, vel enuntiativa‖. O que se tem de provar é o limite jurídico, e êsse há de constar do título, e a prova do título depende do direito

intertemporal. Se pelo titulo não se sabe por onde passa a linha, é à pesse que se há de atender; e a pesse é fato, que se prova como todo fato, inclusive por testemunhas, indícios e documentos *(e.* g., recibos de alugueres se o possuidor deu em locação a parte em dúvida). Se a questão do direito de propriedade se põe hoje em dia, há de ser atendida a legislação de hoje. Ou o bem consta do registro, ou não consta. Se não consta, não há prova do direito real, ou se tem de promover em ação competente, a que se siga o registro. A ação de demarcação não é meto jurídico para se usucapir, nem para se declarar domínio.

(d)Outra questão, que deriva do art. 570, é motivada pela expressão —proporcionalmente‖, que aparece no art. 570.

Quis-se tirar ao juiz o determinar segundo a eqUidade. Ou se havia de atender a que se estabelecera situação de perplexidade, para a qual melhor seria a> dividir-se igualmente a parte em que ocorre a confusão invencível, ou b) seria melhor ter-se como proporcional à área dos prédios a parte de cada um dos confinantes no trato de terra em confusão inafastável de limites. A solução alemã, *§* 920, foi a). O Código Civil, art. 570, preferiu b). O Código Civil austríaco, art. 851, foi alterado pela Novela II, de 22 de julho de 1915, arts. 1 e 2, no sentido de se tornar graciosa a jurisdição e de se decidir quanto aos limites, se não podem ser reconhecidos, segundo pesse, ou, se a pesse não pode ser reconhecida, segundo a maneira mais equidosa, a juízo do tribunal. Acrescentou-se, na alínea 2,a ao art. 2, que se há de determinar em qual medida cada parte quer reservar-se a faculdade de pleitear por via contenciosa. O propósito foi atender-se a que a maioria das questões exsurgia a respeito dos pequenos tratos de terra sôbre os quais não se tinham linhas precisas e os vizinhos usavam sem os definirem (M. RANTSCH, Die Grenzstreitigkeiten, *Gericktszeitung,* 1916, N. 48). Em relação às grandes porções em que havia confusão sem se ter pesse de um ou dos dois confinantes, a contenciosidade surge e a luta tem outro desfenºe que o da ação de demarcação, ou, pelo menos, da ação graciosa de demarcação.

a) Devido a comentários do autor do Projeto primitivo do Código Civil, que fôra emendado (Projeto primitivo, artigo 657, *verbis* —será atribuído, em porções iguais, a cada um dos prédios‖; Projeto revisto, art. 666, *verbis*

—dividir-se-á o terreno contestado em porções iguais entre os prédios‖; Emenda do Senado, em 1902: .... . repartir-se-á entre os prédios, proporcionalmente‖), formou-se corrente que tentou torcer a regra legal. Escreveu CLóvís BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* III,

99s.) : —A redação do artigo é obscura. Diz (que), na falta de outra prova e de pesse, a parte contestada do terreno será dividida, proporcionalmente, entre os prédios. ~

Proporcionalmente a que? Deve-se entender *por partes iguais,* como estava no Projeto primitivo, no revisto e no da Câmara. O Senado substituiu essa locução pelo advérbio *proporcionalmente,* que nos denºará perplexos, se não o entendermos como equivalente à expressão substituida‖. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 17 de abril de 1947 *(R. 9.,* 115, 532, e *R. dos T.,* 169, 818), invocou a regra de interpretação das leis, que, em caso de omissão da lei, manda decidir o juiz pela analogia, pelos. costumes e pelos princípios gerais de direito, e a que manda atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, arts. 4,0 e 5.0), para ler —por partes iguais‖ onde se diz, no art. 570, —proporcionalmente‖. *Excusez dii peu!* A □

2 a Câmara do

Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, a 7 de março de 1944 *(B.J.,* 31, 37), aduziu: —. . .é princípio de direito (Código Civil, art. 510), aceito pela doutrina.., e consagrado pela jurisprudência.., que, não sendo possível, no caso de confusão de limites, determinar a linha divisória entre dois imóveis, deve ser seguido, rigorosamente, o critério equitativo adotado pelo legislador (?!), isto é, dividir o terreno contestado *em partes iguais,* entre os dois proprietários divergentes. É espécie de justiça de Salomão, a que o legislador (?9, aqui, acolheu em boa hora, fundando-se na eqUidade; na dúvida, ou sem saber com quem está a razão, é justo que o terreno em litígio seja partido ao meio e que se entregue a cada um a metade daquilo que é disputado por dois‖. Já assim, adstrita ao comentário de CLÓVIS BEVILÁQUA, a 33 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de novembro de 1933 *(R. dos T.,* 92, 407):

a divisão da parte questionada far-se-ia igualmente entre os prédios confinantes, pois o advérbio proporcionalmente do art. 570 equivale às palavras —por partes iguais‖ dos Projetos primitivo, revisto e da Câmara‖. Idem, a 3~a Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 7 de dezembro de 1934 *(R. dos T.,* 96, 479).

b)Outra corrente ligou o advérbio —proporcionalmente‖ à área e, para aplicar a lei conforme a letra, ou para a zunir de críticas, leu o art. 570 como se lá estivesse escrito não se achando provada a pesse, o terreno repartir-se-á entre os prédios, proporcionalmente às áreas deles‖. Primeiro, é de observar-se que tal corrente pensava em termos

de áreas, como se estivesse em juízo divisório, e não em termos de linhas, como fOra de esperar-se em se tratando de ação sobre confínio. Rumaram por ai TITO FULGÉNCIO, VIRGILIO DE SÁ PEREIRA e outros.

c)O art. 570, depois de falar de limites, ainda a respeito de pesse, manda que, se não se conhece a linha lindeira, nem há pesse, a que se atenda, o trato de terra se reparta proporcionalmente. CLÓvIS BEITILÁQUA *perguntava:*

"t Proporcional-mente a que?~~ e jogava fora a lei, para volver ao seu projeto, como fêz, repetidamente, em seus comentários. A resposta é intuitiva: —Proporcionalmente às testadas‖, pois que é de *regere finuum* que se cogita. Se só são dois os terrenos, toma-se o todo da parte não-possuída (evite-se dizer —não-contestada‖) e divide-se em partes iguais se iguais são as testadas, materialmente e não conceptualmente. Se, porém, a parte não-possuída ~

entre três ou mais terrenos *(e.g.,* um, de um lado, e dois, do outro), a porção não-possuida é dividida entre os três ou mais terrenos, proporcionalmente às suas testadas. Para isso, toma-se o ponto em que cessou a pesse no terreno *a* e no terreno *b* e vem-se contornando a porção não-possuída até onde haja cessado a pesse do terreno *e* ou o e á.

A solução c), que é a do Código Civil, art. 570, foi defendida por AFONSO FRAGA *(Teoria e Prática na Divisão e Demarcação,* 4.~ ed., 150 s.) e adotada pela 4□~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 8 de junho de 1938 *(A. J.,* 47, 381, e *R. dos* 2'., 116, 178: —Na verdade, o interêsse do confrontante na zona litigiosa deve aferir-se pela maior ou menor extensão de sua testada para essa zona. É indiferente o que está para trás: a sua maior ou menor superfície não deve influir no cálculo da proporcionalidade‖). O Código Civil, art. 570, atendeu à solução que já se assentara na praxe do direito anterior a êle, em vez de se juntar ao Código Civil alemão, *§* 920, alínea *l.~, in tine.* CORREIA TELES *(Digesto português,* II, *§* 1.192, 169), inspirando-se no Preussisches Alígemeines Landrecht (1, 17, 379 e 381), dividia a porção não-possuida em partes iguais. ANTÔNIO JOAQUIM

DE MACEDO SOARES *(Tratado juridico-prático da Medição e Demarcação,* 98), cremos que atendendo a que as testadas podiam não ser iguais, lançou solução nova, que poderia ter ficado sem repercussão, se não a tivesse colhido o Senado Federal, ao se elaborar o Código Civil:

—Quando os limites antigos não podem ser conhecidos‖, escreveu o juiz-jurista, —e é obscura a pesse pacífica de cada um dos confrontantes, o juiz reparta a contenda, dividindo em quinhões proporcionais o terreno do litígio‖. O

art. 570 contém regra jurídica de grande finura técnica, que não perceberam CLÓVIS BEVILÁQUA e os outros comentadores.

Se o prédio confrontante pertence a duas ou mais pessoas, não importa; porque a declaração é entre o prédio, que propôs a ação, e o prédio confrontante, ou os prédios confrontantes, com atenção à comunhão *pro indiviso.*

(e)Somente se procede à divisão em proporção das testadas para a porção não-possuida depois de se assentar que não há possibilidade de se traçarem os limites, com os elementos que se têm, conforme os documentos, e, se fOr o caso, outros meios de prova, e que não há pesse. Portanto, a matéria, de que aí tratamos, após (d), é no encadeamento do raciocínio e na elaboração da sentença anterior ao problema (d).

Para que haja pesse e se haja de decidir conforme ela, declarando-Se limites da propriedade os limites da pesse, e precíso que tal pesse *divida* a porção sôbre a qual não há o traçado de limites, no plano juridico: no fundo, tem-se como jurídico o táctico.

Porém o assunto apresenta dificuldades quando se pensa em existirem na porção a que faltam limites claros de propriedade limites *interiores* de pesse; isto é, quando há pesse, sim, mas em comum (compesse). Então, a porção e proporcional por A e E, ou A, E e C, sem haver qualquer título que faça certo ter-se atribuido a cada um quota de porção, como *ius possidendi.* Assim, se A e E, ou A, E e C acordaram em que explorariam p, em quotas de dois têrços e um têrço, ou de metade, um quarto e um quarto, tal compesse é resultado de negócio jurídico divisório de p, que serve de elemento à divisão de p, na ação de demarcação. Se, porém, A e E ou A, E *e O* compossuem sem haver o dado divisório no plano do *ius possidendi,* o problema há de ser resolvido em *função* das testadas para a parte compossuida. Cumpre, porém, afastar-se a alusão à presunção de ser proprietário o possuidor, a que se lançou a 6.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 3 de dezembro de 1948 (1?. dos 2‘., 178, 783).

A pesse a que se refere o art. 570 é a pesse atual. Se uma das partes é em relação à outra em —pesse injusta‖ (cf.

art. 489), e ainda poderia ser restituida à outra a pesse tomada, considera-se possuidor o que foi desapossado (Cmi.

MEISNER, Das *in Bcuern geltende Nachbarrecht,* 2.~ ed., 34 s.; II. REISS, *Grenzreúht nnd* .

4.NATUREZA DA. PRETENSÃO E DA SENTENÇA. Enquanto há opinião assente quanto à fOrça da sentença no que demarca e, pois, quanto à pretensão de demarcação, que se 1km por declarativas, há quem discorde de ser declarativa a parte da sentença que pêe termo à confusão e, pois, à pretensão de deslin dação. Enquanto O. voN

GIEItKE *(Deutsches Privatreeht,* II, *§* 126) via na pretensão à deslindação pretensão que tem por fito aclaração estatal dos limites por sentença, MARTIN *(Lehrbuch,* III, 174) viu no demandante titular de direito formativo e no demandado sujeito passivo na relação jurídica. Dai ter tido de chegar à conseqUência de afirmar ser constitutiva a sentença de deslindação. Para bem precisarmos os termos da questão, temos de distinguir a) a sentença que declara os limites, em caso de confusão invencível, pela pesse (Código Civil, art. 570, 1? parte: —No caso de confusão, os limites, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a pesse‖), ou pela proporção entre os prédios (Código Civil, art.570, 2ª parte: —e, não se achando ela provada, o terreno contestado se repartirá proporcionalmente entre os prédios‖) e b) a sentença que adjudica o terreno em que se dá a confusão ou parte dele a um só dos litigantes (Código Civil, art. 570, □a parte: —ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a 3

um deles, mediante indenização ao proprietário prejudicado‖). A eficácia sentencial em *b)* é a que tem toda sentença em ação de demarcação, ainda que tenha ocorrido confusão de limites, *mais* o que acidentalmente se lhe introduz, que é o tirar de A a *parti.v pra indiviso* e lhe entregar pecúnia. Não seria científico tomar-se Esse elemento acidental para se classificar a sentença de deslindação, que somente contém êsse elemento a mais, se, a respeito de algum trato de terreno, não se estabelece o deslindamento pela pesse ou pela proporção, meras operações para declaração, sem qualquer constitutividade. Não se trata, de maneira nenhuma de transformação de propriedade possível em propriedade efetiva, cada proprietário continua proprietário da terra que lhe pertence, nada adquire, nem perde. Se o juiz atendeu à pesse, ou à proporção com os terrenos, foi porque de tal expediente teve de lançar mão, indicado pela lei, por haver dificuldade em *declarar.* O legislador tinha, diante de si, o problema da perplexidade, que às vêzes o surpreende, e venceu-o com a

operação declarativa da propriedade do trato em que se deu confusão em proporção dos terrenos. Não se está a discutir invasão de limites, não se está a pedir restituição, ou a reivindicar-se, exatamente porque só se exigiu declaração dos limites por aviventação, lançamento de marcos ou por um dos expedientes do art. 570, 1.8 e 2.~ partes. A doutrina cedo assentou a declarativídade da pretensão demarcatória, ainda se houve confusão de limites (G. PLANCK, *Komtnent ar,* III, 315; TURNAU-FÓRSTER, *Dia Liegensehaftsrech~* 1, 397; CHR. MEISNER, *Das in Bayern geltende Nachbarrecht,* 2~a ed., 38 s.; R. MAENNER, *Das Sachen-. reckt,* 176; F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 178; H. Rrnss, *Grenzrecht uM Grenzprozess,* 130 s.; F. ENDEMANN, *Lehrbuck, II, 1,* ~ ed., 457; O. VON

GXERKE, *Deutsches Privalrecht,* II, *§* 126, nota 112). A afirmação da constitutividade provém de se ter atribuído essencialidade ao acidental, isto é, àquele elemento, que pode ocorrer ou não, de indenização por perda do pedaço em confusão *(e. g.,* W. RÕNNBERG, fie Grenzscheidungs-. lage nach rómischem und gemeinem Recht, *Ãrchiv 11k Rurgerliches Recht,* 11, 283; F. HOENIOER, *Dte Grenzstreitigkeiten nach deutschem burgerlichem Rechte,* 90 5.; *J.* BImiMANN, *Sachenreeht,* 173; K. KORER, *.1. v. Staudin gera Korptmentir,* III, 801; MAiRTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* III, 174). Ainda se nos restringirmos a classificar a parte sentencial em que se adjudica a um e se indeniza a outro, a fôrça, que se precisa, é a fôrça executiva, e não a constitutiva. Quanto ao registro da propriedade do trato de terra adjudicado, é prescindível, porque, *ex hzjpothesi,* do registro não consta o que teria evitado a divisão, ou a adjudicação. A declaração e a execução só têm eficicia entre as partes e os terceiros mantém os seus direitos <sem razão, MEISNER-STERN, *Das in Preussen geltende Naeh barrecht,* 85). A sentença é nula ou rescindível nos mesmos casos em que o seriam outras sentenças declarativas. Todavia, se houve acordo declaratório ou transacional homologado, incide o art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil..

(a) A pretensão à demarcação é pretensão privatística, real. Nada tem com qualquer dever de demarcação ou de deslindação que nasça de leis de direito público, inclusive leis de direito público referentes a tapumes e muros; ainda se permutem que a autoridade pública convide ou convoque os interessados para a demarcação ou ~a deslindação. O art. 141, *§* 4~O, da Constituição de 1946 pode, ai, exercer relevantissimo papel.

Quando se pede demarcação ou deslindação, supõe-se que os limites estejam *disputados,* a despeito da incerteza que exista. É de eficácia só entre as partes e seus sucessores a sentença que se prof ira. A demarcação ou deslindação não serve de prova contra terceiros. O imóvel permanece o que era, salvo 367

se houve a indenização a que alude o art. 570, 3ª parte, razão por que, nesse caso, se há de registar (algo se adquiriu, tirado de outrem).

É digno de nota que alguns juristas entendem advertir que a sentença que procede à deslindação não pode ser executada < não há, para ela, ação *iudicati) ; e. g., E.* ROBER *(J. v. Staudingers Kommentar,* III, 301) e H.

DERNBURG *(Das Ritrgerlicite Reeht,* III, 300, nota 12). Mas isso só se dá porque a sentença, de que se trata, já é, nesse ponto, executiva: a parte adjudicada transfere-se ao patrimônio de B e A recebe a indenização, que há de ser, em tempo, depositada.

(b) O negócio jurídico declaratório dos limites tem a mesma eficácia que a sentença e não precisa de forma especial (art. 184, II). .*Aliter,* se algo se alienou, em relação ao que consta do regista; então, o negócio jurídico não é declaratório, é constitutivo e tem de ser de acordo com o art. 134, II, e só tem eficácia real após a transcrição.

Quanto à renúncia, com eficácia real, da pretensão a demarcar, ou a deslindar, é inadmissível. Quanto às renúncias com eficácia somente pessoal (obrigacional), como a declaração de vontade em que se prometa não exercer a pretensão à demarcação, ou ao deslindamento, até certa data, tém-nas alguns por admissíveis <H. WALSMANN, *Der Verzicht,* 83; Cmi. MEISNER, *Das in Bayern geltende Nachbarrecht,* 21; G. PLANCK, *Komment ar,* III, 312; E. KOBER, *J. ii. Staudin gera Kommentar,* III, 297; 3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 173). Contra isso, insurgiram-ge F. ENDEMANN *(Lehrbuch,* II, *1,* 456, nota 15), e E. HOENIGER *(Die Grenzstreitigkeiten,* 67s.). A eficácia de qualquer renúncia é somente no plano obrigacional, mas pode acontecer que seja ilícita, ou ineficaz, como se implica indivisão por mais de cinco anos (art. 630).

Discute-se quanto à legitimação ativa, nas ações de demarcação e de deslindação, partindo-se de que se trata de ação de vizinhos. Diz-se que são legitimados o proprietário e o condômino, contra outro proprietário ou condômino de outro imóvel. Não se pode negar tal ação a quem tenha direito real, como o usufrutuário, o usuário e o habitador. Trata-se de ação declaratória, sem a qual se denuriam tais

titulares de direita real em invencível incerteza. E nenhum inconveniente há em que se lhes permita a ação de demarcação, ou a de deslindação, porque a fôrça da sentença é só entre as partes.

Quanto à legitimação passiva, ocorre o mesmo.

(A ação de demarcação da propriedade ou de deslindação da propriedade é uma das ações declaratórias de quem tem dominio ou direito real de substância sôbre imóvel. Todavia, o possuidor e o pesseiro, conceitos que se fnºaram nos Tomos X e XII, têm a ação declaratória daquilo de que têm pesse, privatística ou publicistica, e a demarcatória ou deslindatória da pesse privatística ou publicistica. São ações à semelhança da ═demarcatória e da deslindatória do proprietário. A legislação sôbre pesseiros de terras devolutas alude à demarcação e à aviventação de rumos; cf. Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, arte. 99-18, 32-60.) 5. Se os limites ainda não foram foram *e.* g., se a escritura do terreno de A diz —tantos metros de frente e tantos de fundo‖ e o vizinho não entende que a linha seja a que A pretende ou de que tomou pesse tanto A quanto B têm ação dos limites, ou a de reivindicação, ou a de pesse. Essa questão pode ser prejudicial, na ação de demarcação, se não envolve condenação, mas simplesmente declaração, ou na de execução. Fora dai, não: pela ação de demarca$o não se pede propriedade, nem pesse. Se com ela o que pretende o autor é retificar o registro do imóvel, também não é ela a ação adequada: falta-lhe o elemento mandamental preponderante.

A ação para se determinar até onde vai, depois do abandono do leito pelo rio, a propriedade ribeirinha, é ação de demarcação, e não de divisão, como queria B. BRUGI *(Ii Diritto civile italiano,* II, 801): houve mudança de limites e a ação de demarcação nasceu nesse momento quanta ao que ocorreu de mudança.

A existência de divisas naturais não pré-exclui a pretensão à demarcação (Supremo Tribunal Federal, 7 de outubro de 1940, *R. 9.,* 85, 344, e *R. de J. B.,* 50, 50), pois pode haver conveniência em se esclarecer algum ponta das escrituras, ou em se porem marcos onde tais divisas se estão tornando duvidosas, ou alguma linha natural se esteja a alterar, por obra do homem ~ou não. A existência de muro divisório ou qualquer outro sinal de limite não é empecilho à demarcatória (4.a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de abril de 1946, *R.dos T.,* 164, 299) ; mesmo porque a alegação de serem tais sinais resultantes de demarcação anteriormente julgada apenas daria exceção de coisa julgada (não objeção, como, sem técnica jurídica, se poderia ler no acórdão da 39 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de setembro de 1948, 1?. *dos T.,*

177, 604: —Se existe entre dois prédios linha demarcatória resultante de divisão definitivamente homologada, não é lícito ao proprietário de um deles promover nova demarcação‖). Alguns julgados *(e. g.,* o da 29 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 9 de dezembro de 1946, *R.* 9., 114, 166) afirmam que só se admite a ação de demarcação se não existem limites, du se estão apagados os rumos ou têm de ser renovados os marcos destruidos ou arruinados: quando existem limites certos, a ação a propor-se é a possessória, ou a reivindicatória. ~ Que são limites existentes? j. Quando é que se pode dizer que existem limites certos? Se, fâcticamente, existem limites, o réu pode alegar estar de acordo com os limites certos existentes, ou não estar. A ação é declaratória. Só se não pode presseguir na ação de demarcação se existem limites judicialmente foram ou findos em negócio jurídico, com eficácia real, com os respectivos sinais. Mas, aí, há a exceção de coisa julgada, ou a apresentação do negócio jurídico, com eficácia real, *mais* a alegação de não terem sido mudados os marcos, nem destruidos, nem arruinados. Alguns acórdãos dizem ou dão a entender que se existem sinais limitativos, ainda que não correspondam aos títulos dominicais, já é de afastar-se a ação de demarcação *(e. g.,* 39 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de abril de‘1948, *R. dos T.,* 174, 591; 49 Câmara, 27 de maio de 1948, 175, 204). Tal não acontece se nenhum dos confinantes sustenta que a sua pesse é a que se marca no terreno e ela corresponde à propriedade, e de tal pesse não está disposto a abrir mão na ação demarcatória.

É de repelir-se que a simples existência fáctica de divisas marcadas pré-exclua a ação de demarcação, porque, por exemplo, podem não coincidir com os títulos (sem razão, a 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de maio e 6 de novembro de 1947, *R. dos T.,* 168, 275, e 171, 541).

Pode dar-se que os limites de algum terreno tenham sido indicados com referência aos de outro não-limítrofe. Por exemplo: a) —os lotes são de dez metros de frente a partir das estacas ao lado direito do lote II‖; *b)* —o lote iii é de dez metros, o lote II, de outros dez metros, e o lote 1 do que restar, que é,. aproximadamente, o mesmo‖. A ação que aí se tem de propor é a de divisão, e não a de demarcação, uma vez que, *ex hypothesi,* não se registrou o tamanho exato dos lotes e se cogitou de quotas divisas, em vez de terrenos (cf. 2.~ e 3ª Câmaras Conjuntas da COrte de Apelação de São Paulo, 14 de dezembro de 1934, 1?. *dos T.,* 96, 482; 4ª-2ª Câmara Civil, 12 de fevereiro de 1936, 106, 230). Se houve a divisão material e jurídica, a ação de demarcação é entre confinantes: A contra B; ou B contra C. Não pode A ir contra O, com cujo prédio não confina o seu: a ação de

demarcação não pode ir contra o vizinho mediata *(e.* g., separados por algum rio público, 1.2 Câmara Çível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul. 16 de novembro de 1937, *Decisões do T. de Á.,* 1937, II, 1006).

Se foi proposta a ação de demarcação *de propriedade,* em vez de se propor a ação de demarcação *da pesse,* deve-se entender proposta essa, que de certo modo se contém naquela. Razão, portanto, para se repelir a jurisprudência que julga imprópria a ação em seu todo *(e.* g., 2.2 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1938, *1?. dos* 2‘., 114, 708, *R.F.,* 74, 485).

Discute-se se podem ser cumuladas a ação de reivindicação e a de demarcação. *Em direito material,* não há óbice desde que se peça a reivindicação de a e a demarcação de a que confina com b, propriedade do réu; ou se o terreno é composta de dois pedaços a e b e se pede a reivindicação de a e a demarcação de isso não permite que se diga ser dispensável a cumulação porque a ação de demarcação leva insita, em seu conteúdo, a reivindicatória, podendo acontecer a restituição após as operações demarcatórias (19 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de maio de 1950, *R. dos T.,* 187, 657). A executiva da ação demarcatória existe como atividade permitida pelos figurantes ou incluída na aposição de marcos, ou rumos, ou na aviventação deles. O demarcador declara com atos escritos na planta e com atos de caracterização material. Quem demarca, declara marcando. Se há aplicação do art. 570, 33 parte, a executividade é relativa a parte da sentença, por sua vez somente concernente a parte do terreno. Não há pensar-se em restituição, na ação demarcatória, porque, se ainda existem limites fâcticamente tidos por certos, o que se pediu foi declaração e o que se declarou diferente do que se pensava fosse expressão material dos limites não constitui. nem executa. Quem pede demarcação não afirma serem exatos os marcos existentes, nem procura reaver fanºa que o confinante ocupa (aí, caberia a ação de reivindicação, 53

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de maio de 1948, *R. dos* 2‘., 175, 283), porque tal afirmação é apenas o que o autor *pensa* que se poderia declarar, e teria a sorte que a declaração lhe desse. *Processualmente,* a cumulação da reivindicatória e da demarcatória exigiria rito ordinário.

O réu, na ação de demarcação, pode alegar que —usucapiu‖ a parte em que tem pesse. É alegação de que prescreveu a ação de reivindicação, necessariamente posterior à alegação de impropriedade da ação. Não se processa na ação de demarcação a de usucapião.

Examina-se se, em verdade, sob o nome de ação de demarcação, se propôs, no todo ou em parte, reivindicatória. Alega-se, a mais, que tal pretensão prescreveu, O que o juiz tem de julgar é a impropriedade da ação. A jurisprudência raro é feliz em dizê-lo *(e. g.,* 5,2 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de maio de 1949, *R. dos 2*"., 181, 253).

Se foi proposta a ação de demarcação e se pediu, cumulativamente, que se restituisse parte do imóvel, o rito tem de ser o ordinário. A cumulação, em si, é possível (2.2 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de setembro de 1933, .1?. *dos* 2'., 89, 124; Câmaras Conjuntas Civis da COrte de Apelação de São Paulo, 27 de julho de 1934, 94. 219, e 89, 125).

6. AçÃo DE DEMARCAÇÃO. A ação de demarcação é ação real(*Sachenrecht,* 172). Supõe não estar demarcado o terreno. Tanto é declarativa, segundo a nossa tese *(Comentários ao Código de Processo Civil,* III, nota ao art. 415), que a sentença tem fOrça de coisa julgada. Na parte *executiva,* é de 1 Orça executiva que se há de falar.

A demarcatória dos arte. 569 e 570 compete ao proprietário, no sentido de dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, ou credor anticrético, porque todos têm o *usus* ou o *fructus* e o direito real. Não na tem o credor hipotecário. A ação demarcatória dos possuidores não se baseia nos arte. 569 e 570, mas existe, porque o possuidor tem interêsse legitimo em que se lhe demarque a pesse ou se aviventem os marcos do que possuí. Quanta à ação dos arts. 569 e 570, a jurisprudência fala de dono e de usufrutuário *(e. g.,* 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 9 de novembro de 1948, *Á. 1.,* 70, 325) ; porém não se compreenderia que a ação de demarcação somente tocasse ao usufrutuário, e não ao enfiteuta, ao usuário, habitador, ou credor anticrético, ou ao titular da servidão. Não se há de incluir o possuidor, porque a ação desse não é demarcatória da propriedade, mas sim da pesse.

Se o autor é titular de direito real demarcável, não importa se o não é o réu. Pode ser simples possuidor (art. 569, *verbis* —obrigar o seu confinante‖; Código de Processo Civil, art. 415, *verbis* —contra os possuidores do prédio confinante‖; 2.2 Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 23 de fevereiro de 1948, *1?. 9.,* 121, 186:

—O art. 569 do Código Civil autoriza que se proponha ação demarcatória contra o vizinho confinante... O Código de Processo

Civil, em consonância com o preceito de direito substantivo. dispõe, no art. 415, que a ação demarcatória compete ao proprietário ou condômino de um prédio contra os possuidores do prédio confinante‖).

O condômino pode ter parte divisa e pesse de tal parte; tem êle, então, a ação de demarcação da pesse, se há titulo entre os condôminos que lhe dá *jus possidendi.* Tem-na contra os confinantes. O que o condômino, que tem parte divisa, não pode é pretender a demarcação *da prioridade* (assim se hão de entender os acórdãos da 2.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 15 de setembro de 1943, *R. dos 2*‟*.,* 169, 791, e da 3ª

Câmara Civil do Tribunal de, Justiça de São Paulo, 4 de junho de 1948, 175, 601).

O co-herdeiro não precisa, para legitimar-se à ação de demarcação, invocar o art. 1.580, parágrafo único. A presença dele em juízo suscita o litisconsórcio necessário ativo.

Quanto à prescrição da pretensão à demarcação, é fácil dito enunciar-se que não prescreve. Mas tal pretensão se irradia do direito de propriedade e o supõe continuando para que ela continue. Se alguém, que é dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, titular de servidão, ou credor anticrético, denºar de o ser, a pretensão demarcatória desaparece. Não há pensar-se em se querer demarcar o que não se tem. (O mesmo raciocínio há de ser feito quanto à ação demarcatória da pesse.) Se a ação de reivindicação é que havia de ser proposta, o que se tem de alegar, na ação de demarcação, é a impropriedade da ação. Se o réu afirma que os limites, a que se refere o autor, seriam contra a sua pesse, ou domínio, ou a extensão do seu direito real demarcável, há alegação de impropriedade da ação e qualquer postulação de se ter precluido ou prescrito a pretensão possessória, ou prescrito a pretensão reivindicatória, é interior, quiçá implícita, a essa alegação. Enquanto existe o direito real demarcável, ação demarcatória há. Extingue-se ela se nº se extingue, porque dele é que emana, continuada-mente. Frise-se: *continuamente.* Trata-se de pretensão duradoura. Não é incorreto dizer-se que a pretensão à demarcação perdura enquanto há confusão de lindes entre imóveis (5,2 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 27 de novembro de 1985, *R. dos 2*‟*.,* 109, 198) : a ação pode ser proposta, com citação edital, contra —quem fOr o dono do prédio confinante‖; e até por A, dono do terreno a, contra A, condômino do terreno se bem que, se o terreno *b* é somente de A, seja mais expedito o negócio jurídico consigo mesmo, que se faça averbar nas transcrições dos dois prédios

(Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939,. art. 285). Enquanto pode ser exercida a pretensão real, sendo preciso fazer-se demarcação, há a pretensão à demarcação do terreno, ou da extensão da servidão (1.2 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de junho de 1943, *R. 9.,* 99, 451:

—O que prescreve é o direito de fazer traçar a linha divisória por determinado lugar‖). O principio também apanha as demarcatórias entre prédio de propriedade particular e prédio que é bem público, dominical, ou não, ou entre bens públicos.

Se a ação de reivindicação estaria prescrita e o autor não tem, em consequência, meio para reaver, judicialmente, o terreno, ou a parte do terreno, uma vez que, *ex hyypothesi,* pesse não tem, a ação demarcatória é imprópria; ela existe enquanto existe direito real demarcável, mas é imprópria se a ação seria a de reivindicação, prescrita ou não.

Se não se atém o juiz ou o intérprete aos princípios, comete erros graves. Não tem qualquer escusa o acórdão da *5,8* Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1935 *(1?. dos 2*"., 99, 407), que não atendeu à possibilidade de se alegar a impropriedade da ação, acrescentando-se, ou não, a alegação de prescrição da ação de reivindicação, para afirmar que só a usucapião pode ser alegada contra a demarcação. Ora, se se articula, em defesa, que se usucapiu, o que se postula é a impropriedade da demarcatória, não por estar prescrita a ação de reivindicação, mas sim porque seria própria a reivindicatória e (argumenta a *mais*> estar prescrita.

Também no acórdão da 4,8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 28 de agasto de 1935 *(1?. dos* 2'., 100, 528), se aventurou que somente prescreve a ação de reivindicação quando se usucape, o que não é verdade, se bem que, se a lei faz iguais os prazos, possam coincidir prescrição e usucapião. Hoje, após a Lei n. 2.487, de 7

de março de 1955, art. 1.0, que deu nOvo conteúdo aos arte. 177, 550 e 551 do Código Civil, os prazos passaram a ser, em parte, iguais, a discordância pode dar-se.

7. PROVA A SER FEITA. O autor precisa provar a sua propriedade até a linha a que se refere. No caso de confusão de limites, sem que se possa saber por onde passava, o juiz toma por base a pesse pesse *atud;* se não está provada, reparte-se a parte confusa entre os prédios, proporcionalmente, ou, se não houver divisão cômoda, se adjudicará a

um só, ressarando-se ao outro o prejuízo (art. 570). O. WÀRMnrER *(Kommentar,* II, 134) vê no art.

570 *(§* 920 do Código Civil alemão) pretensão de natureza de direita público à determinação dos limites pelo juiz.

Mas é ir muita longe: a pretensão e de direito privado, se bem que inspirada em interêsse superior de ordem extrínseca (resolver); não é de direito público, nem sequer de ordem pública. Os interessados podem dispor em sentido contrário. Aliás, o próprio O. WÂENNnm admite o contrato de fnºação de limites, a que âle chama

—Grenzfestetelíungs vertrag‖, com a mesma eficácia (assim também E. BRoDMANN e O. STRECKER, em G.

PLANa, *Koinmentar,* III, 316).

A pretensão à decisão do juiz fundada no art. 570 é irrenunciável (H. WALSMANN, *Der Verzicht,* 78.).

8. CÓDIGO CIVIL, ART. 571. A pretensão a usar em comum o intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória entre dois prédios, firma-se em direito dependente, que se contém no de propriedade. Direito de vizinhança; portanto, limitação aos direitos de propriedade sObre o intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória (E. BRODMANN e O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 316).

As obras entre dois prédios ou se fizeram até a linha ═do limite ou a atravessaram *(* = se fizeram *por sobre* ela). Ali, só o dono do terreno em que se fizeram pode usá-las; aqui, em virtude do princípio *Superficies solo cedít,* cada um dos proprietários é dono do que está sObre seu terreno, salvo se se ha de tratar de parede-meia, ou muro-meio, ou vala-meia, ou cêrca-por-metade ou qualquer outra obra-meia (cp. arts. 588, *§* 1.~, e 648). O art. 571 põe por princípio que se presumem *pro diviso,* se a linha do limite passa por dentro dela. O art. 571 so se refere à obra; não à linha de limite, isto é, ao terreno. Presume-se o direito de utilização por ambos e ter sido feita por ambos a obra.

Se há dúvida quanto à linha de limites, *e. g.,* por ter ocorrido confusão, tem-se de exercer a pretensão à demarcação ou à deslindação (diferente, o direito comum, ef. JOSEF KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen,* 167 s.).

A presunção de ser comum a obra só se afasta com a prova da propriedade exclusiva da obra, *e. g.,* se se mostra que a parede-meia foi construída somente por um dos confinantes, cabendo-lhe a ação de indenização (art. 588, *§*

1.0).

A comunhão só de uso da coisa não é de direito real, de modo que se pode regular negocialmente, sem as formalidades exigidas à transmissão da propriedade e aos direitos reais. Se o vizinho não tem interêsse na instalação, ou se consente, pode o que a utiliza, ou não, modificá-la, ou desfazê-la.

Se o direito de uso é presumido e não se afastou a presunção a que se refere o art. 571, a supressão ou modificação, sem o consentimento do outro vizinho, é ofensa à propriedade da obra. O consentimento para que um só use é base para servidão. O art. 571 pode ser dissociado em três enunciados: (a) O intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória entre dois prédios, *presume-se* parte integrante de ambos os prédios. Presunção *juris tantum.*

(b) Os proprietários confinantes têm direito de usar em comum o intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória. (e) Se há prova de que o intervalo, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória entre dois prédios não é comum, porém de um dos confirmantes, o art. 571 não incide. Também não incide se houve negócio jurídico que regulou o uso, ou o excluiu, ou, ainda, se se estabeleceu alguma servidão predial (K. MAENNE.R, *Sachenrecht,* 2.8 ed., 178, nota 125). A regra que estabelece presunção *juris tantum* é na ordinariedade dos casos interpretativa; por isso, o art. 571 tem de ser lido como se dissesse: —na falta de prova em contrário e no caso de dúvida, entende-se que a *propriedade* e o *uso* são comuns‖. A limitação segundo o art. 571 não é regiatável (E.

BRODMANN e O. SniEcEn, em G. PLANCK, *Kommentar,* III, 317).

A presunção do art. 571 é *juris tantum.* O interessado pode provar que é só seu o muro e pode provar que só êle há de ter o uso (2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 16 de setembro de 1947, *R. dos* 2‘. da Bahia, 40, 134, *A.* 3., 87, 89; 8.8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 19 de janeiro de 1949, *A. 3.,* 94, 49); Quando o vizinho tem o direito de uso do muro, ou outra obra divisória, não se exime dos deveres que a lei aponta aos condôminos ou aos comuneiros de partes divisas *(e.* g., arts. 628, 1, e 628, Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 22 de abril de 1925, *R. F.,* 45, 101). Sem

razão, a 6.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de setembro de 1948 (1?. *dos* 2'., 177, 760 >, que, desabusadaniente, lançou: —O condômino em muro divisório pode alterá-lo em toda a sua espessura, sem o consentimento do outro, ou mesmo contra sua vontade‖.

(Há diferença entre a regra do art. 571 e a do *§* 921 do Código Civil alemão. Nesse, não há presunção de ser comum a *propriedade,* há presunção de ser comum o uso. Ora, no art: 571, há a presunção de ser comum a propriedade dessa parte *fora dos limites,* aliás segundo a melhor tradição; cp. O. GIERKE, *Deutaches Privatrecht,*

§ 126, nota 115, e 3. KOHLER. *Gesammelte Abh.artdlungen,* 167 s.) 9. COMUNHAO DE DIREITO. A comunhão resultante da incidência do art. 571 é comunhão de direito (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* III, 176). As regras são as da comunhão *pro indiviso.* Os frutos são partidos por igual. As despesas correm em partes iguais.

Tanto o direito ao uso quanto o dever de despesas podem ser restringidos, como conteúdo do direito de propriedade, pela constituição de servidão. A árvore que está na linha divisória também se *presume* pertencente aos donos dos prédios confinantes (art. 556).

4

10.SENTENÇA NA AÇÃO DE DEMARCAÇÃO. A sentença proferida na ação demarcatória é declarativa, com elementos secundários de constitutividade e de condenatoriedade *(Comentários ao Código de Processo Civil,* IV, 2.~ ed.). Faz coisa julgada quanto aos limites que declarou; de modo que há a exceção de coisa julgada quanto a isso, noutra ação, que se proponha, de demarcação, ou de reivindicação, ou outra em que se pretenda outra declaração. A identidade entre a demarcatória e a reivindicatória está em que ambas declaram limites, aquela com fôrça sentencial, e essa, com eficácia secundária. A ação de. reivindicação, proposta antes, levaria a sentença em que o elemento declaratório, embora secundário, seria bastante para a eficácia de coisa julgada, em relação à ação de demarcação que depois se proponha. Viu-o bem a 2.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de julho de 1947 *(Á. 3.,* 84, 276) : —A causa de pedir, o título que se invoca como valor do pedido, o direito que serve de fundamento ao exercício da ação é em ambos idêntico: o *ius in re.* As pessoas entre as quais as duas ações se movimentam, nelas figurando como partes diretas, são as mesmas, de uni lado o proprietário de um dos prédios, do outro o confrontante ou os confrontantes. Assim sendo, a sentença proferida em uma das ações faz coisa julgada em relação à outra,

impede o seu exercício, porque não se pode novamente litigar sôbre aquilo que ficou definitivamente julgado: *Resiudicata pro veritate habetur".* A improcedência da ação de reivindicação faz coisa julgada (é sentença declarativa negativa), quanto à ação de demarcação em que o réu prove ser dono do terreno ou da parte do terreno a que se referia o pedido de reivindicação. Certa, a 1.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Goiás, a 19 de março de 1942 *(R. F.*. 92, 198). Esses pontos de direito contemporâneo fazem vir à memória os inicios reivindicativos da primitiva ação de limites, da *adio finium regundorwn,* antes de ser reduzida à questão do *confinium.* Cumpre advertir em que a ação de demarcação não é do mesmo conteúdo que a reivindicatória. Se houve sentença em ação de reivindicação e, depois, foram destruidos ou mudados os sinais, pode ser proposta a demarcatória; como pode ser proposta a reivindicatória se a usurpação foi posterior à sentença de demarcação.

§ 1.545. Direito de construir: a) goteiras, janelas, eirados, terraços, varandas 1. TESE E ANTÍTESE. Os direitos de construir, de que falam os arts. 572-583, também nascem de *Limitação* ao conteúdo do direita de propriedade; são direitos dependentes, contidos no direito de propriedade. Quase sempre, a construção jurídica de tais direitas é a de limitação bilateral: cada propriedade vizinha sofre a limitação. —O

proprietário‖, diz o Código Civil, art. 572 —pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos‖. Na regra logo ressaltam tese e antítese: cada um, no seu terreno, constrói o que entende, como entende e onde e quando entende (tese); o interêsse dos proprietários, e não só o de cada proprietário, e o interêsse júblico têm de ser atendidos (antítese). Direitos dos vizinhos e regulamentos aliás leis administrativos *limitam* o conteúdo do direito de propriedade ainda nesse ponta particular da construção.

Os dois princípios eram extraidos, antes, das Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 68, *§* 24. (Os arts. 572-587

estão encimados pelo dístico —Do direito de construir‖. Rigorosamente, a lei refere-se ao poder de construir, usando a elipse de falar de direito onde, em verdade, é de poder que se trata. Sôbre isso P. SIMÉON, *Recht um!*

Recktsgang, II, 641; F. ENDEMANN, II, 1, ~ ed. 352 e 436 s.; K. MAXNNER, *Das Sachenrecht,* 158, e P.

RVT > ENEERO, *Das Not"wegrecht,* 78 s. Entenda-se, portanto: poder contido no direito de propriedade.) (a) No direito romano, *Super/ides solo cedit,* de modo que o edifício construído por sôbre o limite de dois terrenos ou mam, de diferentes donos, pertencia, por partes divisas, a esses donos. O dono do terreno invadido podia, com o exercício da ação negatória, exigir do construtor a derruba da construção, no que lhe invadira o terreno, houvesse, ou não, protestado, antes, contra a construção. O proprietário só estava obrigado a tolerar a inclinação da parede vizinha, que não chegasse a meio pé (L. 17, pr., O., *si servitus vindicetur vel ad ativm pertinere negetur,* 8, 5: —Si quando inter aedes binas panes esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita vroiectum in suum esse invito se‖).

(b) No direito germânico, Murgiu o dever de tolerar a construção, além dos limites ou invadente, se não houve culpa de quem construiu no terreno vizinho ao seu, ainda que houvesse, por exemplo, servidão *altius non toilendi,* ignorada por êle (A. VON TUER, Naturalherstellung und Geldersatz, *Jkerings Jahrbiicher,* 46, 44 s.; H.

DELBRtYCK, Der tberbau auf eigenen Boden, *Árchiv flir Biirgerlich.es Reckt,* 39, 412; cp. P. KRÚCKMANN, *Unmôglichkeit und Unmôglichkeitsprozess,* 41). A regra jurídica inserta no *§* 912 do Código Civil alemão também incide em se tratando de terrenos pertencentes à mesma pessoa (MÂWrIN WoLFF, *Der Rau aul fremdem Boden,* 192 s.; SCHMIDT-RIMPLER, *Die EigentUmerdienstbar keit,* 179v; H. DELBRÍICK, 39, 406 s.; MEISNER-STERN, *Das in Preusseu geltende Nachbarrecht.* 290; PH. HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *Archiv fiir die dvilistische Praxis,* 112, 175 e 229 s.). É interessante observar-se que, na doutrina, não se abria exceção quanto às distân < cias fnºadas pelas leis de direito público (ius intersticii), o que importaria em se atribuir a tais leis regramento de interâsses privados < O. PLANCK, *Kommentar,* III, 292; MARTIN WOLFF *Lehrbueh,* III, 166; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 164; contra, com razão, além da jurisprudência, K. KoEEa, 1. *v. Staudingers Kommentar,* III, 278, e O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 122).

Quanto à construção jurídica, pensou MARTIN WOLFF *(Der .Bau aul Iremd,em Boden,* 132 s.), quiça, também, li. DERNEURO *(Das lihirgerliche Redil,* III, *§* 83, 283), em servidão —legal‖, o que, evidentemente, se chocaria com o sistema do Código Civil alemão, como com o sistema jurídico do Código Civil brasileiro; e MIALRTIN

WOLFF *(Lehrbuch,* III, 167) mesmo, depois, a repeliu, sem que se apagassem em alguns juristas os traços de seu Erro *(e. g.,* H.

OBERNECK, *Das Reichsgrundbuchrecht,* 1, 642; SCHMIDT-RIMPLER, *Die Eigent&merdienstbarkeit,* 180; C. CROME, *S~st em,* III, 288, que fala de —dingliche Grundlast‖; e KARL

HAGENA, *Der Grenziiberbau,* 43: —dingliches Recht, das den Charakter einer gesetzlichen Grunddienstbarkeit hat‖). Não há qualquer direito a construir no prédio vizinho, ou no próprio, se algum direito real alheio o veda, O *§*

912 somente cogita de dever de tolerar. Antes da construção há situação fáctica, que estabelece o problema de técnica legislativa suscetível da solução romana ou da germânica; não há direito, nem o poder de construir é

—direito‖ (cp. 1-1. TOMAS, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Árchdv liii*" *die civilistieche Praxis,* 94, 403; P.

RÚDENBERG, *Das Notwegrecht,* 78 s.). Ao dever de tolerar corresponde, quando a construção se ultima, o direito a mantê-la, direito de natureza real.

O sistema jurídico brasileiro seguiu, aqui, o direito romano, adaptando-o. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouverem, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art.

572). Um desses regulamentos, que hão de ser —leis‖, está no Decreto-lei n. 7.917, de 30 de agôsto de 1945, que estabelece limitações às construções nas zonas de proteção dos aeroportos. Somente a lei pode criar tais limitações de direito público (Constituição de 1946, art. 141, *§* 2.0). O art. 572 faz limitação, também de direito privado, a limitação que a lei de direito público faça, porém é preciso que tal lei valha perante a Constituição de 1946.

Por falta de conhecimentos quanto à natureza da responsabilidade em matéria de vizinhança, a cada passo traz a jurisprudência à tona o problema da culpa. O erro é palmar. A responsabilidade firmada no art. 572 e aqui vai apenas exemplo é independente de culpa. Quem é proprietário acarreta com ela ainda que nenhuma culpa, ainda levíssima, haja tido. Leituras de livros referentes a sistemas jurídicos diferentes têm concorrido para a afeante nódoa nos julgados. O proprietário é responsável pelas construções que levantar em seu terreno, independente de toda culpa. Se o empreiteiro tem culpa, então, também êle responde, com fundamento no art. 159. O art. 572 não se refere a êle; de modo que a sua responsabilidade é se houve

culpa, independentemente da pretensão do lesado contra o proprietário, a que pode ter de responder, também, o empreiteiro. São de repelir-se os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, a 22 de setembro de 1941 *(R. F.,* 89, 446), embora certos os votos vencidos de LAUDO

DE CÃMÀiaGo e OTÁVIO KELLY, da 1.a Turma, a 27 de outubro de 1941 *(R. F.,* 90, 692), com voto vencido, certo, de OTÁvro KELLY, da □

1 a Turma, a 26 de agôsto de 1946 *(R. dos T.,* 177, 419), da 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de janeiro de 1933 *(R. dos T.,* 85, 428), da 2.~ Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 16 de setembro de 1936 (103, 640), com voto vencido, certo, de MÁRío MASÂGIO.

Certas, a 4.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de maio de 1939 (122, 133) e a 2.~ Câmara Civil, a 8 de maio de 1939 (122, 161; *R.F.,* 78, 115: —. . .se o lesado preferir acionar o empreiteiro, como autor direto do dano, poderá fazê-lo *recta via").*

2. CÓDIGo CIVIL, ART. 573. Seria erro tomar-se todo o art. 573 como só enunciativo de direito de vizinhança, isto é, de direito correspondente à limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Diz o art. 573: —O proprietário pode embargar a construção de prédios que invada a área do seu, ou sôbre êste deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda‖. Duas regras num texto só. O direito (a) a embargar a construção de edifício que invada a área do seu, ou sôbre êsse deite goteiras, não é da mesma natureza que o direito (b) de embargar a construção de edifício em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda. Ali, há imissão por parte do vizinho, penetração na esfera jurídica de quem quer embargar; aqui, o vizinho constrói no seu terreno, O direito (a) está contido no conceito de propriedade antes de qualquer limitação; o direito (b) corresponde à limitação *que se faz* àquele conceito, isto é, ao conteúdo do direito de propriedade. O primeiro é contido no *princípio da total construção do terreno;* o segundo, no *principio da proximidade mínima quanto ao prédio vizinho.* Não são direitos registáveis; nem renunciáveis. Podem ser, porém, excluídos ou alterados; *e. g.,* pela constituição de servidões.

Embarga-se a obra usando-se do *embargo de obra nova,* que tem aplicação mais vasta: os casos dos arts. 573, 574, 577, 578, 579, 582,

583-585 e outros; os de servidões prediais que a obra nova ofenda; etc.

3.FRESTAS, SETEIRAS, ÓCULOS, ETC. O art. 573, *§* 1.0, esclarece que —a disposição dêste artigo não abrange as frestas, seteiras, ou óculos para a luz, não maiores de dez centímetros de largura sôbre vinte de comprimento‖; e o *§* 2.0 acrescenta que —os vãos, ou aberturas para a luz não prescrevem contra o vizinho que, a todo o tempo, levantará, querendo, a sua casa, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade‖. E o art. 574 ressalvou: —As disposições do artigo precedente não são aplicáveis a prédios separados por estrada, caminho, rua, ou qualquer outra passagem pública‖. Os —óculos para a luz‖, isto é, os que são apenas pára entrar luz; não os que permitem vista.

4. NATUREZA DA LIMITAÇÃO. A natureza da limitação ao conteúdo do direito de propriedade, que o art. 573,

§ 1.0, envolve, não atinge o direito de construção do vizinho. Por isso mesmo, a parede erguida pode fechar a fresta, seteira ou —óculos para a luz‖, bem como quaisquer outras aberturas ou vãos para luz; salvo, está claro, se algum negócio jurídico excluiu êsse direito, ou o alterou, por se ter constituído servidão de luz ou outra. Em todo caso, o direito do art. 573 é irrenunciável.

5. ACÃO DECLARATÓRIA. Depois de concluída a obra, o remédio processual não é a nunciação de obra nova, e sim a ação demolitória, a de indenização ou outra. Escusado é dizer--se que em todas essas espécies também se pode propor a ação declaratória do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

6. MANUEL ALMEIDA E SOUSA E LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA. MANUEL ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 83) criticou as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, *§* 24: .... .suposto que nº, que edifica as janelas sôbre casa ou quintal do vizinho, denue de entremeio êsse espaço de vara e quarta, não evita que o vizinho experimente o mesmo prejuízo‖. E LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 334) procurou justificá-las: ..... convém observar que o devassamento de maior distância.

não é tão vexatório‖. Mas o fundamento, diz-se, era também o

interêsse público, e não só o particular: o de haver *luz* e *ar* entre as casas; não haver espaços estreitos, úmidos, entre os prédios. Tanto não é assim que, se os prédios forem do mesmo dono, a lei não Ibo veda; se alguma lei o proibe, é lei de direito público, e não o art. 573.

7.JORGE CABEDO E MANUEL MENDES DE CASTRO. O art. 573 regula *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. Não se refere ao *abuso do direito* de construir, abrindo janelas, fazendo eirados, terraços ou varandas.

Já os nossos maiores, sem terem a teoria que se inseriu no art. 160, 1, do Código Civil, conheciam casos de abusos do direito, tais como: o de quem por —mera emulação‖ (a respeito, os nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* 1, nota ao art. 3.0) faz ou abre janela, ou faz terraço, eirado ou varanda, para ver dentro dos jardins dos conventos (a êsse propósito, a decisão 152 de JORGE DE CABEDO >. Casos há em que aparece a figura do dano, como se alguém abre janela sôbre meu tecto e joga papéis que obstruem as calhas (sem dano não se poderia reclamar, cf. MANUEL MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana,* 38, que admitia, com razão, o dever de *gradar,* fundado na necessidade de se evitar o dano, e não no direito de vizinhança).

8.O ART. 573 E OS TERRENOS EM COMUM. A regra jurídica do art. 573 provocava discussão sôbre se incidia no caso de ser *comum* o terreno. ANTÔNIO LOPES LEITÃO, na *Praa,is Finium Regundorum* (Cap. VI, ns. 9 e 10, ed. de 1747, 56) e MANUEL ÁLVARES PÊGAS *(Resolutiones Forenses,* 1, 363) firmaram os princípios *Meum est quod commune est, Socius hàbet partem in. qualibet minima. parte* e *Socius iii nraedio communi quase totius dominus reputatur;* porém nem eles nem os outros *Commune quod est, meum non est absolute, Rem communem nemo propriam appellare potest* serviriam à solução.

Deles usou MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Casas,* 76), sem que houvesse ligação perfeita entre as premissas e a conclusão. A solução certa é a que entende incidir o art. 573.O fundamento, todavia, é diferente do que lhe encontravão advogado de Lobão. Quando o prédio é comum e dois ou mais constroem, em diferentes lugares, para uso próprio, há divisão do uso, algo de intermédio entre a comunhão *pro indiviso* com o uso em comum e a comunhão *pro diviso.* Tudo se passa, quanto ao uso, à semelhança da comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos ou de casas (um só proprietário de cada uma). De modo que o terreno em que se edificou a casa —divisa quanto ao uso‖ de um comuneiro é como o terreno —diviso quanto à

propriedade‖.

9.ESPAÇO INTERCALAR PÚBLICO. —As disposições do artigo precedente‖, ressalva o art. 574 do Código Civil, —não são aplicáveis a prédios separados por estrada, caminho, rua, ou qualquer outra passagem pública‖. A regra conseqüências exclui a incidência no caso de espaço intercalar *público.* Se a estrada, caminho, rua, ou qualquer outra passagem, não é pública, embora não haja contigúidade dos prédios em causa, o art. 573 incide e há o direito de vizinhança.

10.AçÃo DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. A ação de nunciação de obra nova serve a impedir que o prédio de propriedade ou pesse do autor seja prejudicado —em sua natureza, substância, servidões ou fins‖, por obra nova, em prédio vizinho, contíguo ou não. Tal o conceito do Código de Processo Civil, art. 384. O art. 573 do Código Civil apenas menciona algumas espécies. A ação parece-se, porém não se confunde com a caução de dano infecto, ou ação de dano temido ou iminente. Naquela teme-se a obra, que cause dano, ou seja proibida; nessa, teme-se o dano mesmo. Obra é toda modificação do solo, com emprêgo de coisas móveis, ou mera at ividade que influa diretamente no solo ou no~ subsolo. Tanto é fazer obra construir quanto demolir. Não importa se, com a obra, o vizinho exerce direito de propriedade ou pesse, ou direito real de uso, se põe tijolos, abre canal, ou coloca encanamentos, ou abre sarjetas, ou desloca terras ou amontoa terras, ou perfura ou obstrui. Discute-se se cortar ou podar árvores pode constituir obra nova, no sentido do art. 384 do Código de Processo Civil. A doutrina pende para a negativa. Todavia, se o manter a árvore a certa altura, ou com a estrutura que tem, ou simplesmente conservar a árvore, ou árvores, em lugar próximo ou determinado, é conteúdo de alguma servidão, podá-la em excesso, ou modificá-la, ou cortá-la é obra nova nunciável pelo titular da servidão.

A obra há de ter sido iniciada e não concluída. Certamente há de considerar-se começada a obra para a qual já se relimiram os materiais, ou para a qual já se começou de abrir fôsso para alicerces. Basta que se perceba que, levada a cabo como se planeja, lesaria o vizinho, ou infringiria o art. 573 (Câmaras Conjuntas da Côrte de Apelação de São Paulo, 17 de agôsto de 1934, *R. dos 2*"., 94, 210). Reputa-se concluída a obra a que apenas faltam trabalhos secundários «ia e 4A Câmaras Conjuntas Cíveis do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10 de outubro de 1938, *R. de J.* E., 42, 187).

Não se inicia obra se somente está na intenção do vizinho fazê-la. O temor não pode fundar-se apenas nessa suposição, que só tem base

psicológica. O início há de ser objetivo; nem se inicia obra com o só elemento de querer iniciá-la. Quem apenas quer iniciar ainda não iniciou. Porém seria demasiado exigir-se que o inicio fosse com atos *de construção.* Os primeiros atos de medição, diante de planta já licenciada, são atos de início. A assinatura de contrato com o construtor, após a licença, já é início. Para a obra que ainda não foi licenciada éque se precisa de ato material. O ato mesmo pode não ser *in. toco.* Se vão chegar os caminhões de pedra, entendendo o vizinho que a natureza do terreno não suporta o pêso, o risco já se caracteriza. O temor é o de pessoa razoável diante de fatos que já existem.

A ação de nunciação de obra nova compete ao possuidor como ao proprietário (cf. Código de Processo Civil, arts.

384-392) Tem-na o possuidor que não é dono como o dono que não é possuidor. Tem-na o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o credor anticrético, o titular da servidão, o possuidor próprio ou não. Cabe ao condômino contra outro quando o condômino faz a obra como terceiro confinante, e não como condômino (5.~

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de agOsto de 1948, *R. dos 2*"., 176, 198). Cabe no caso de se tratar de muros-meios, paredes-meias e outras construções por metade divisa (arts. 642-645, sendo de notar-se a remissão do art. 642 aos arts. 569-589). Quanto aos condôminos entre si, como condôminos, o direito comum não admitia a *operis ,wvi nuntiatio,* invocando a L. 3, *§§* 1 e 2, D., *de operis izovi nuntiatione,* 89, 1 (A. STLSLzEL, *Di.e Lehre von der* operis novi nuntiatio, 59 5.; li. BURCKHARD, *Die* operis novi nuntiatio, 95 s.; P.

STEINLECRNXR, *Das Wesefl der* iuris communio, II, 158 5.; Ii. SCHOTT, *Das* ius prohibendi *und die* formula prohibitoria, 16s.). Hoje, não podemos negar a nunciação ao comuneiro do edifício de apartamentos em relação a obras de outro comuneiro que lhe sejam invadentes da esfera jurídica, se atingem a parte divisa ou se feitas na parte divisa do ofensor e ofensiva de parte divisa ou indivisa. De modo que a questão se limita à obra de condômino na coisa comum ou do comuneiro do edifício de apartamentos na parte indivisa. Não se pode, diante de regras jurídicas como as dos arts. 628, 642 e 488, denºar de reconhecer, no sistema jurídico brasileiro, a nunciabilidade da obra entre condôminos, nem, diante dos arts. 4□o e 11, a) e *b),* do Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928 (a *fortiori!),* a nunciabilidade da obra do comuneiro no edifício de apartamentos, se em parede-meia, tecto-e-soalho ou outra obra de comunhão *pro diviso,* ou em partes indivisas.

O Código de Processo Civil, art. 892, explicitou, heterotôpicamente, regra de direito material: —Em caso de condomínio, ou compesse, do pré-prejudicado, qualquer dos condôminos ou compossuidores poderá intentar a ação'. No parágrafo único acrescentou: —O autor não poderá, entretanto, levantar a importância que aos demais interessados couber no valor da indenização ou da multa‖. Não redigiu, porém, a regra sôbre a legitimação do condômino na ação contra o outro condômino, nem do comuneiro contra o outro comuneiro em se tratando de parte indivisa. A legitimação ativa do condômino, se a obra éfeita por terceiro, não se pré-exclui pelo fato de ter o outro condômino consentido, ou de terem consentido os outros condôminos (Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Alagoas, 4 de novembro de 1938, *R. F.,* 78, 110).

O que está reivindicando o prédio e, pois, ainda não é reconhecido como dono, nem é possuidor, não é legitimado ativo (5.' Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de outubro de 1988, *R. dos 2*"*.,* 116, 588). Salvo como possuidor, pois o possuidor legitimado é.

A nunciação de obra nova não supõe, sempre, que a obra seja no terreno ou edifício do autor; pode ser no prédio vizinho (Côrte Suprema, 6 de novembro de 1935, *1?. F.,* 66, 28: —A nunciação não compete somente ao possuidor, mas também ao proprietário de prédio rústico ou urbano contra quem, edificando obra nova em seu próprio terreno, lhe prejudique o prédio em sua natureza, servidões ou fins a que é destinado‖.

Vizinhança não é só contiguidade. Se o prédio é, por exemplo, em ladeira, o prédio que fica após o prédio contíguo não pode ser com infração do art. 573, denºando que as goteiras alcancem o terreno do primeiro prédio. Daí ser de repelir-se o acórdão das 8.8 e 4~a Câmaras Cíveis da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 31 de outubro de 1933 *(A. J.,* 38, 394), que por estar o art. 573 na seção sôbre os direitos de vizinhança concluiu não poder ser invocado para se usar da ação de nunciação contia o vizinho não-contíguo. O vizinho não-contíguo também é vizinho.

O art. 573, 1.8 parte, cogita da obra invadente; a 2.8 parte, da obra que deite goteiras; a 3.' parte, da janela a menos de metro e meio do outro prédio; a 4.' parte, do eirado, terraço, ou varanda, a menos de metro e meio do outro prédio. A *4a* parte contém regra jurídica exemplificativa (Tribunal de Justiça de Alagoas, 7 de julho de 1931, *AI.,* 19, 490: —. . .0 Código Civil, art. 573, não esgota os casos de embargos de obra nova‖). Assim, cabe a ação de nunciação de obra

nova contra a instalação de indústria, cujo edifício se esteja construindo, ou se vai construir, desde que dela possa resultar dano ao vizinho, contíguo ou não (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de agosto de 1927, *1?. dos* 2‘., 68, 840). Enfim, qualquer obra que ofenda a propriedade vizinha (3.8 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, 22 de fevereiro de 1935, *R. dos 2*“., 95, 404), ou seja proibível.

A obra nova, na espécie do art. 578, 1.8 parte, causa, sempre, dano. Na espécie do art. 573, 2.8 parte, a lei foi concebida de tal jeito que se vedam as goteiras, quaisquer, sem se verificar se há ou não dano em que se deitem sôbre o prédio vizinho. Na espécie do art. 573, 3.‘ parte, o que importa é o espaço mínimo intercalar. Nas espécies do art. 573, 4.‘ parte, idem. Não há, portanto, apurar-se o dano possível, a lei mesma reputou danosas aquelas obras. Alguns julgados procuraram pré-excluir a nunciação se não há possibilidade de prejuízo *(e. g.,* 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de junho de 1929, *R. &s T.,* 71, 289; Câmara Cível do Tribunal de Relação de Minas Gerais, 4 de março de 1983, *R. 1*“~, 60, 248). É

preciso ter-se sempre em vista que, na ordinariedade dos casos, é mister que se alegue e prove, para a nunciação de obra nova, que se teme dano, que se receia que a obra faça *deterior* a situação da propriedade, em sua substância ou valor; porém, nas espécies do art. 573, o legislador já apreciou tal danosidade e essa foi a razão mesma de edictar as regras jurídicas.

As proibições municipais ou sanitárias só dão a invocabilidade do art. 578. Tratando-se de limitação ao conteúdo do direito de propriedade só a pode fazer a lei federal (cf. 43 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 10 de junho de 1947, *A. 1.,* 83, 252).

11. INVASÃO DE ÁREA. (a) Na 1ª parte do art. 573 diz-se que o proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área do seu. Discute-se se é preciso que se trate de construção que comece no terreno do vizinho ou se pode ser construção toda no terreno alheio. Invadir é entrar em continuação de outra obra, ou não.

Para a 43 Câmara Civil da COrte de Apelação de São Paulo, a 14 de outubro de 1936 *(R. dos 2*“., 105, 580), se toda a obra é construída no solo do embargante, o remédio jurídico aplicável é a manutenção de pesse, e não a nunciação de obra nova. Se o que constrói é vizinho, não tem razão a 43 Câmara, pois tanto invade quem faz galpão sObre

a divisa quanto quem o faz do outro lado da divisa. O que o art. 573, 13 alínea, regula é a relação de vizinhança, abstraindo da questão possessória, mesmo porque se pode dar que não exista. A 43 Câmara apontou a ação de manutenção de pesse; a 53 Câmara, a 16 de dezembro de 1936 (106, 192), a ação de reivindicação, como se o fato da obra constituísse, sempre, tomada de pesse própria. Quase sempre o nunciante continua possuidor e defende-se; não raro, o vizinho ignorava que estava a invadir. Desde que a construção invadiu, ainda que em pequena área, o terreno vizinho, cabe a nunciação de

obra nova (_te Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de dezembro de 1945, *A. 1.,* 80, 281).

O art, 576, onde se dá prazo preclusivo a pretensões, não se refere ao art. 578, 1.8 parte.

12.GOTEIRAS. (b) A 23 parte do art. 573 alude a goteiras. Nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, *§* 38, 2:ª dizia-se: —E se alguém tiver casa que lance água de seu telhado sObre a casa de seu vizinho, o qual vizinho quiser fazer parede no seu, pode-lhe quebrar as beiras e cimalhas e encanamentos, e alçar-se quanto quiser. E se o seu vizinho aí não tiver fresta, ou janela, quando se assi alçar, tomar-lhe-á as águas, e dará serventia para elas em tal maneira que o dito seu vizinho não receba o dano‖. O *§* 89 acrescentava: —E tendo alguém parede de permeio com outro seu vizinho e a casa de um fôr mais alta que a do outro, e tiver a cale, per que lança a água de seu telhado, na dita parede, e o que tem a casa mais banºa se quiser levantar pela parede mais alto que o outro, poder-se-á alçar .per toda a parede, em tal maneira que lhe denºe tamanho lugar de parede per que colha a água do telhado daquele, que antes aí tinha a cale, por que recebia a água, em modo que lhe não venha por isso dano‖.

O Código Civil, no art. 573, 2.8 parte, põe o princípio da embargabilidade da obra que se faça deitando goteiras sôbre o prédio vizinho. Há, aí, para o sistema jurídico brasileiro, explícita no art. 572, 2.8 parte, a pretensão à nunciação e, com base no art. 576, a pretensão demolitória e indenizatória. No direito anterior já se havia pOsto o princípio (CORREIA TELES, *Digesto português,* 1, *§* 792, 101: —Se não fôr possível que as beiras caiam para outro lado, deve o edificante denºar por fora da parede o espaço de dois palmos para as beiras caírem‖; COELHO

DA ROCHA, *Instituições,* II, *§* 594, 467). A consistência dos *§§* 38 e 89 do Título 68 com êsse princípio foi bem revelada pelo jurista

português quando os transladou ao seu digesto: —Caindo as beiras de uma casa sObre telhado de outro vizinho, e não consta não que êste se obrigasse àquela servidão, pode, quando levantar suas casas, quebrar os beirais, que crescem fora da parede, e obrigar o dono a fazer calhe na sua parede, que vá desaguar as águas do telhado à via‖ *(§* 793, 101). —Se esta parede, onde estão assentes os beirais, fOr de ambos os vizinhos, nº, que levantar mais alto sua casa, deve denuar na mesma parede o espaço preciso para a calhe, que há de receber as águas do telhado mais banºo‖ *(§* 794, 101).

Se a parede é nova, não se pode fazer de modo que haja goteiras para o prédio vizinho (art. 573. 2.~ parte). Se já houve construção com gotejam (arts. 695 e 856, III), e não se exerceram as ações de nunciação e de desfazimento (art. 576), o dono do prédio sôbre o qual há goteira, pode construir ou alçar o seu, quebrando os beirais que cresçam sôbre o seu terreno, tendo o dono do prédio de que vinha o gotejamento de fazer calha < = cale calhe), para dar saída às águas. É preciso atender-Se a que, com a expiração do prazo do art. 576, não cessa o direito do dono do prédio que sofreu a imissão a construir ignorando o beiral saliente, ou o gotejamento, nem há pensar-Se em que nasça, então, servidão.

Se a parede é paredes-meia. ou parede comum *pro* indiviso o alteamento tem as mesmas consequencias jurídicas que a meia construção o que elevou a parede tem de nela denºar espaço para a calha, que há de receber as águas do telhado mais banºo. Se o alteamento podia ser feito, conservando-se a calha, o alteante da parede há de conservá-

la, ou refazê-lo; se não podia ser feito sem dano à calha colocada em lugar em que *havia de ficar,* as despesas são do alteante da parede; se estava em lugar em que *mio havia de ficar,* são do dono de. Construção que tinha a calha.

13.JANELAS, EIRADOS, TERRAÇOS, VARANDAS, ETC. a)As 3.ªe 4ª partes do art. 573 referem-Se a janelas, eirados, terraços ou varandas a menos de metro e meio do outro prédio. A 4.~ parte é exemplificativa. A 3.ª parte suscita discussão. , Janelas, e não podas; ou janelas e portas, (seteiras, Instas, óculos) e paredes rendilhadas? Tanto a parte é exemplicativa que se teve de conceber a regra jurídica do art. 573, ~ 19: —A disposição dêste artigo não abrange as frestas, seteiras ou óculos para luz, não maiores de dez centímetros de largura sôbre vinte de comprimento‖. Portanto, o art. 573, 3.~ parte, apanha toda abertura de mais de dez centimetros de largura ou de mais de

vinte centímetros de comprimento; a fortiori, a porta. Não se podem abrir portas a menos de metro e meio do prédio vizinho (sem razão, a 5.ª Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 13 de maio de 1936, *1?*.

dos 2‘., 107, 108, e E. E‘., 67, 733).

Se a janela é aberta, não na parede lateral, mas sim recuada, tendo o peitoril largura excepcional, ~ de onde se mede a distância, da janela mesma ou da parede? As Câmaras Conjuntas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 8 de agôsto de 1983 (E. E., 61, 400), responderam que se mede da parede lateral (r do plano externo da parede).

Janela, no sentido do art. ~ 3.~ parte, é qualquer abertura ou vão de mais de dez centímetros de largura *ou* de mais de vinte centímetros de comprimento (5.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de mato de 1945, E. E‘., 104, 70). O nunciado pode prontificar-se a reduzir a dimensão de conformidade com o art. 573, § ~

(5.ª Camara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, E. dos 7., 78, 351). O que caracteriza, aí, a janela é, portanto, a dimensão, *e* não a destinação (Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27 de novembro de 1941, E. *de D.,* 189, 256).

Se há servidão de janela a menos de metro e meio (não se confunda com a situação do vizinho que denºou passar o prazo do art. 576), a abertura de outra ou de outras é infração do a nunciação Distrito Federal, dever de tolerar a ingerência do vizinho e cabe (5.~ Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Federal, 31 de agôsto de 1945, E. E., 105, 515).

Quanto às janelas que não são em frente, ditas —oblíquas‖ (= em parede em ângulo), houve tendência a exclui-las implícita no art. 573, 3 ª parte, por influência do Código Civil português, art. 2.325, que falou de janela que deita diretamente para o prédio vizinho, e do velho Código Civil italiano, art. 587 (nôvo Código Civil italiano, art. 905, alínea l.¶ *verbis* —vedute atrate‖). Sempre o mau uso de não se atender à originalidade das. soluções conscientemente adotadas pela lei brasileira, colonialismo mental intempestivo que não se enquadra na história de um pais que nunca foi colônia. Profligamos, desde cedo, a interpretação que distinguia onde a lei não distingue. A 2.a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de outubro de 1947 (E. E‘., 122, 69), resguardou o sistema juridico, decidindo: —O art. 578 do Código Civil brasileiro distingue entre visão direta e oblíqua e, logo, a redação abrange ambas de duas, já que a última é também nociva, embora menos, como regista o jurista português, que a primeira.

certo que em favor, pelo menos, da diminuição do interstício no caso

de visão indireta, pelejam razões não despiciendas. Elas não bastam, entretanto, na ausência de texto legal, mesmo a que existe nos dois primeiros grupos citados‖, referindo-se ao sistema jurídico português e ao italiano, —a que se trunque o dispositivo do art. 573

citado, com uma exceÇÃO que a sua inteireza descomporta‖. Reafirmou-o a 23 Turma, a 27 de julho de 1950 *(Á.*

J., 96, 890). Já assim se decidira na 33 Câmara Civel da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 28 de maio de 1928 *(A. J.,* VII, 499), nas 3ª e 4ª Câmaras ReUnidas, a 24 de maio de 1938 *(A. J<,* 51, 182; *1?. F.,* SO, 112; *1?.*

dos *T.,* 125, 671), na *4ª* Câmara Cível, a 19 de setembro de 1944 *(A. 1.,* 72, 438), e na 5.ª Câmara Cível, a 4 de maio de 1945 (E. *F.,* 104, 70). Sem razão, a decisão das Câmaras Cíveis Reunidas, a 5 de agôsto de 1948 *(A. 1.,* 90, 63). A ~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1.0 de junho de 1938 *(R. dos* 2'., 115, 604; *1?.*

F., 76, 72), disse, com todo o acérto: —... para que o proprietário possa impedir a abertura de janela, sem a construÇÃO do eirado, terraço tu varanda no prédio vizinho, basta que tais obras fiquem a menos de metro e meio do seu (art. 573). Pouco faz que em seu prédio não exista abertura alguma. Pode, até, nem existir construção‖. Sem razão, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 5 de agôsto de 1946 *(R. dos T.,* 178, 385), que ainda pretendeu excluir as janelas em oblíquo.

Alguns autores buscam *a ra,tio legis* do art. 573, 3.~ e

partes, na necessidade de se evitar o devassamento: tudo se limitaria à visão. Não é êsse, contudo, o fundamento único de se proibir a abertura próxima. A lei considera-a prejudicial à visão e ao ouvido; porém não somente por isso. A proibição é objetiva e independente de qualquer atenuação do devassamento ou da audibilidade. A □

5 a

Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 13 de maio de 1936 *(R. F., 67,* 733; *R. dos T.,* 107, 108), frisou: —A construção de muro, que impeça a vista da propriedade vizinha, não *faz* desaparecer êsse direito. Essas animosidades e desavenças podem provir não só do fato de um prédio ser devassado por quem está na janela do outro, como também pelo barulho feito num prédio, pela possibilidade de ser ouvido o que se fala noutro...‖; contra, sem razão, a 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de agôsto de 1938, *R.*

dos 7‘., 116, 571, que não atendeu a que as Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 38, § 24, só referiam aos muros juntos a terraços, conforme bem se advertiu no acórdão da 5~a Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 13 de maio de 1936 *(1?. dos 2*“., 107, 108, e *R. F.,* 67, 783). O acórdão da 3~a Câmara Cível do Tribunal de Ape1ação do Distrito Federal, a 30 de janeiro de 1942 (1?. *dos T.,* 142, 276), que permitiu janelas se depois de certa altura, foi flagrantemente contra direito, bem assim o das Câmaras Cíveis Reunidas, a 5 de julho de 1945 *(Á.*

J., 83, 242).

Discute-se se os canilhos ou óculos sem movimento, com vidros opacos, se equiparam a janelas, se a menos de metro e meio do prédio vizinho. Responderam negativamente a □

6 a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São

Paulo, a 5 de novembro de 1949 *(R. dos T.,* 178, 756) e a 17 de dezembro de 1948 (179, 199), e o 3□O Grupo de Câmaras Civis, a 17 de junho de 1949 (181, 658). Sem razão, porque o critério da lei é o das dimensões (cp. art.

573, § 1.0). Se a abertura é de dez centímetros de largura e de vinte centímetros de comprimento, no máximo, é permitida, sejam opacas, ou transparentes os vidros; porém não, se excede. A lei não distinguiu vidros e vasculhantes. Tão-pouco se distinguem os vãos a maior ou menor altura e 4ª Câmaras Cíveis da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 17 de setembro de 1984, *A. 3º, 88, 44).* O acórdão da 3□a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 4 de março de 1988 <*A.* 3º, 46, 194, 1?. *dos T.,* 114, 160), fêz tábua rasa do art. 578, §

1ºe foi contra direito, bem assim o das Câmaras Conjuntas Civis, a 21 de novembro de 1949 *(R. dos* 2‘., 184, 312).

Diz o art. 573, § 1.0: —A disposição dêste artigo não abrange as frestas, seteiras, ou óculos para luz, não maiores de dei centímetros de largura por vinte de comprimento‖. Tal regra juridica explícita que só se não reputam janelas tais aberturas (frestas, seteiras e óculos para luz). A ingerência do vizinho seria contra direito. Porém o art. 578, §

l.~, não cria, a favor de B, que fêz a abertura, qualquer limitação ao conteúdo da propriedade de A: A apenas não tem a pretensão, que teria, se a abertura fosse maior (Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de janeiro de 1944). O § 2.0 foi

explícito: —Os vãos ou aberturas para luz não prescrevem contra o vizinho, que, a todo o tempo, levantará, querendo, a sua casa, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade‖. A regra jurídica, no fundo e em boa técnica, diz apenas: —Os vãos e as aberturas para a luz que forem abertas no mitra ou nas paredes a menos de metro e meio, inclusive na linha de limites, se permitidas pelo art. 578, § 1.0, ou pela inação do vizinho, não fazem nascer a êsse dever de tolerá-las (= limitação ao conteúdo do direito de propriedade), nem há, quanto a elas, usucapião de servidão, conforme o art. 698‖. O vizinho, construindo a parede ou muro, pode fechá-los *(3ª* Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de junho de 1948, *R. dos T.,* 147, 189; 43 Câmara Civil, 7 de março de 1950, 186, 182). Isso não quer dizer que não se possa constituir a servidão, por ato jurídico negocial que se registe (arte. 695 e 856, III).

O art. 574 põe claro que o art. 578, 23, g□a e 43 partes, concerne a vizinhos, contíguos ou não. Não é menos vizinho o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município). A êle também se refere, passiva ou ativamente, o art. 578. Todavia, no tocante a bens de uso comum do povo, não alude a eles o art. 573, para os dotar da pretensão nunciativa, ou demolitória, e fica aberto à legislação de direito público qualquer regulação de construção ao lado das estradas, caminhos, ruas, praças ou outras passagens de uso comum do povo. O art. 574, estabelecendo que —as disposições do artigo precedente não são aplicáveis a prédios separados por estrada, caminho, rua ou qualquer outra passagem pública‖, previu as espécies em que *entre* dois prédios há estrada, caminho, rua, praça, ou outra passagem de uso comum do povo. A Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 20 de julho de 1929 *(1?. F.,* 55, 854), teve o ensejo de examinar caso de incidência do art. 574: —...as janelas do prédio nôvo que os agravados estão construindo deitam para o beco e o beiral do telhado não fica sôbre o prédio dos agravantes. Consequentemente, esses não têm a proteção do art. 578 do Código Civil, e os agravados têm em seu apoio o que está disposto no art. 574‖.

Respeitado o intervalo de metro e meio, o art. 578 denua de incidir. Não importa se, com isso, prejudica, materialmente, o prédio vizinho <33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 81 de março de 1943, *R.*

dos T., 148, 608), salvo, é claro, se outra regra jurídica, *e. g.*, a do art. 554, é invocável e o prejudicado a invoca.

14.OBRA ACABADA. Acabada a obra, não há mais nunciabilidade

(Supremo Tribunal Federal, 28 de agôsto de 1984, *R. de D.,* 128, 177; Câmara Cível da Côrte de Apelação de Minas Gerais, 18 de julho de 1986, *J.,* 12, 77:

—Ao que se vê dos autos, o trabalho prejudicial aos embargados já está concluído: o sarjeteamento do quarteirão. O

que falta é, apenas, a colocação da última camada de cascalho sôbre as pedras britadas‖; 83 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de dezembro de 1929, 1?. *dos T.,* 78, 559). A obra é que há de não estar acabada, e não o pormenor; salvo se o pormenor foi posterior, constituindo obra em si mesmo, *e.* g., abertura de janela em construção já feita, alteamento de muralha. Adiante, § 1.547, 1.

15.PROCESSO E SENTENÇA NA AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. O processo é o regulado nos arts. 884 e 892 do Código de Processo Civil. Os pressupostos da pretensão *(res in judicium deductaj* são os do Código Civil, arte. 573, 574 e 576. A expressão —prejudicado‖, no art. 884 do Código de Processo Civil, não é para se exigir o requisito do prejuízo se a espécie cabe no art. 578 do Código Civil.

O art. 508 não é de invocar-se na ação de nunciação de obra nova (23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 80 de outubro de 1947, E. dos, 171, 241). Tão-pouco, o requisito de ter havido fôrça ou clandestinidade. O

2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de fevereiro de 1948 *(R. dos T.,* 178, 68.3), em acórdão de confusões inacreditáveis, aventurou que só se poderia demolir a obra que se fêz com fôrça ou clandestinidade; mas o absurdo ressalta.

§§ 1.545-1.552. DIREITO DE CONSTRUIR

Até expirar o prazo do art. 576 há pretensão demolitória, ainda que o vizinho tenha visto fazer-se a obra e concluir-se; enquanto não se conclui a obra tem a ação de nunciação, que só se extingue com a conclusão.

O interdito proibitório concerne à pesse. O ter sido pedido não induz litispendência quanto à ação de nunciação de obra nova, quer pedido pelo autor da obra quer pelo vizinho (5,a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 80 de janeiro de 1936, *A. J.,* 38, 206).

Na primeira fase, a ação de nunciação de obra nova é cautelar. O juiz não tem arbítrio para dispensar o embargo, se o nunciado não satisfaz o exigido no art. 390 do Código de Processo Civil. A garantia que hão de prestar os condôminos, compossuídores, ou comuneiros em comunhão *pro diviso,* é total, dando-se a solidariedade (Código de Processo Civil, art. 891). A suspensão da obra somente se revoga com a prestação da caução pelo nunciado, ou com a decisão do mérito.

À demolição só se procede afinal (Código de Processo Civil, art. 355, 23 parte). Demolição, ou obstrução, fechamento, o que quer que seja necessário à remoção do ato de obra. A ação demolitória é ligada à pretensão ao desfazimento, a que se refere o art. 575, *in fine,* que preclui passados ano e dia contados da conclusão da obra; de modo que pode ser exercida ainda se não foi nunciada a obra (Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 10 de dezembro de 1980, *1?. F.,* 56, 57: —Quanto à ação demolitória, que se diz incabível na espécie, é ela consequência do direito de embargar que tem o dono do prédio molestado. Se a lei lhe dá, por meio de embargos, o direito de impedir a construção de janelas, eirado ou terraço a menos de metro e meio da divisão, e não limita êsse direito ao tempo da construção, não se lhe pode negar a faculdade de, no exercício desse direito, exigir que a construção levada a termo se desfaça. A mesma razão que lhe faculta impedir a obra milita para demandar a sua demolição, quando levada a cabo, sem que, por qualquer motivo, tenha sido antes embargada‖). Tal pretensão preclui no prazo do art. 576.

A ação pelos danos causados ao nunciado pelo pedido improcedente do nunciante processa-se em ação separada (4.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, .26 de fevereiro de 1943, *R. dos T.,* 173, 773; cf. art. 30 do Código de Processo Civil) ; mas o art. 63 do Código de Processo Civil é aplicável.

§ 1.546. Direito de construir: b) beirais

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 575. Lê-se no art. 575 do Código Civil: —O proprietário edificará de maneira que o beiral do seu telhado não despeje sôbre o prédio vizinho, denuando, entre êste e o beiral, quando por outro modo o não possa evitar, um intervalo de dez centímetros pelo menos‖. A regra tem-se de entender em duas proposições: a) o proprietário não pode construir de modo que o beiral do seu telhado despeje sôbre e prédio vizinho; b) em estado de necessidade, isto é, quando não puder construir sem despejar sôbre o outro (ou a parede do outro), tem de denºar intervalo de dez

centímetros. Dez centímetros! Dois palmos, eram antes (COELHO DA ROCHA, *Instituições,* 567). A regra a) não incide se há calha ou se há escoadouro intraparietal: então, não goteja.

Em todo caso, se o gotejamento é tal, a despeito dos dez. centímetros, que há dano ao vizinho, claro que responde pelo dano, e pode dar-se que responda pelo só abuso do direito.

2.DIREITO DE VIZINHANÇA. O direito do vizinho a que se respeite o *art.* 575 é direito de vizinhança e corresponde a limitação ao conteúdo do direito de propriedade, porque o princípio fundamental é o *da total construção do terreno.* A antítese, que obrigou à solução, é o principio de que a ninguém é permitido descarregar águas no prédio alheio. Se o solo é comum, vale o que se disse, antes, quanto ao art. 573.

§ 1.547. Proprietário que não se opõe

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 576. No Código Civil, o art. 576 previu a não-oposição. de alguém em casos dos arts.

573-575:

—O proprietário que anuir em janela, sacada, terraço, ou goteira sôbre o seu prédio, só até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra poderá exigir que se desfaça‖. Anuência, não; porque anuir é aprovar, mexer com a cabeça afirmativamente, de *awnuere,* em que *nuo* é cabecear, fazer sinal. Nos casos do art. 576 exatamente não houve sinal, nem anuência; denuou de haver oposição, repulsa, e não se permite a tardia reclamação. Feita a obra, tem o proprietário do prédio vizinho a sua pretensão segundo os arts. 573-575; se não a exerce, o seu direito de vizinhança fundado no art. 578 ou no art. 575 cessa, as pretensões e ações se extinguem. O prazo do art. 576 é preclusivo. A propositura da ação demolitória ou de obstrução tem de ser dentro dele. Uma vez proposta a ação, não importa que passe o lapso de ano e dia. Não mais se conta. Seria diferente, se se tratasse de prazo de prescrição.

O art. 578 dá ao proprietário ou possuidor a nunciação. Se não nunciou a obra nova, ou anuiu em janela, sacada, terraço ou goteira, ou não anuiu. O art. 576 há de ser lido como se dissesse: —O proprietário ou possuidor que denºou de nunciar a obra a que se refere o art. 573, 2ª e 4ª partes, tem a pretensão à demolição ou

desfazimento, precluível em ano e dia após a conclusão da obra‖. A expressão —anuiu‖ foi infeliz O prédio B em que se faz obra tem de tolerar, por lei, a ingerência do vizinho (limitação do conteúdo do direito de propriedade do prédio E =

pretensão de dono ou possuidor do prédio A à incursão no que seria o conteúdo do direito de propriedade do prédio E).

Passado o lapso de ano e dia, preclui a pretensão ao desfazimento, que pode ser a pretensão à demolição. O

conteúdo do direito de propriedade sofreu limitação. Não nasce, com isso, servidão? O vizinho perdeu a pretensão que poderia ter exercido, nunciativamente, ou até ano e dia após a conclusão das obras. Qualquer ato do vizinho que perdeu a pretensão n~i sentido de desfazer o que foi feito seria ofensa ao direito de propriedade do que fêz a obra e foi beneficiado pela inércia do titular da pretensão contrária a ela. Não há nem se precisa de ação confessória de servidão, em tal espécie (sem razão, a 63 Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de maio de 1946, *Á.* 3., 78, 81, *1?.* dos *T.,* 170, 319, que se denºou levar por trecho impensado de CLÓvIS BEVILÁQUA, *Código Civil comentado,* III, 105). Se o que infringe o art. 573, 23, 3a e 43 partes, é um dos pormenores da obra, entende-se concluída a obra quando ultimada, e não quando ultimado o pormenor (S.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 21 de junho de 1949, *A. 3.,* 94, 855: —Quando a janela aberta no edifício, a menos de metro e meio da propriedade vizinha o foi em razão da construção do mesmo, o prazo para exercitar o direito estabelecido no art. 576 do Código Civil. conta-se da data da terminação das obras e não da em que se terminou a construção da janela‖; contra, sem razão, a Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 18 de outubro de 1924, *R. F.;* 44, 115). Prazo preclusivo (4.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16 de agôsto de 1949, *A. .T.,* 95, 70; 23 Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, 4 de setembro de 1947, 1?. *dos 2*"., 171, 347; 13 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 5 de junho de 1939, J., 15, 41, E. *de 3. R.,* 45, 865, E. *dos 2*"., 126, 708), não se interrompe, nem se suspende. A construção do prazo do art. 576 como caso de extinção de servidão é absurda *(e.* g., 83 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1988, *E. dos 2*"., 114, 160, E. >7., 74, 477).

Se alguém adquire prédio que tinha janela a quem era dono do prédio vizinho, tem-se de entender que o alienante renunciou à pretensão ao fechamento (= desfazimento da abertura), o que torna fora de

propósito pensar-se em ter corrido ou não o prazo preclusivo do art. 576 (certa, mas sem técnica e terminologia jurídicas, a 8~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de abril de 1933, E. *dos 2*"., 87, 830). A objeção cabe na ação demolitória como na ação de nunciação de obra nova.

Se foi aberta janela a menos de metro e meio no terreno de E, e A não nunciou a obra, nem exerceu a pretensão ao desfazimento (1 = obstrução) no prazo do art. 576, perdeu A a pretensão contra tal janela, porém não se lhe criou dever de não construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio (cf. 1.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de julho de 1941, E.>7., 88, 449).

Tão-pouco, o não ter obstado à goteira, ou nada ter removido, em ação de desfazimento, no prazo do art. 576, o que faz acabar a pretensão, tem como conseqUência nascer servidão ao prédio de que goteja a água, ou a preclusão do direito a construir, cortando o beiral, ou fechando a parede, por alteamento da sua.

2. ALCANCE DO ART. 576. O art. 576 tem por firme o princípio, que êle excetua, de que a não-impugnação tem eficácia quanto às ações possessórias, porém não quanto às ações de direito de propriedade; nêle, a solução adotada é a de que, *sciente vicino et operi non contradicente,* conforme o —uso moderno‖, cessa o direito que surgira com a incidência do art. 573, □

□

2 a, *8* ~ e 43 partes, ou do art. 575. Para que tal exceção ocorra é preciso que haja regra de direito positivo. E ai está.

§ 1.548. Direito de construir: c) prédio rústico e intersticio

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 577. —Em prédio rústico‖, proibe o art. 577 do Código Civil, —não se poderão, sem licença do vizinho, fazer novas construções, ou acréscimos às existentes, a menos de metro e meio do limite comum‖. A regra que se foi buscar ao antigo Código Civil do Cantão de Zurique, art. 169, tem pouco alcance.

Quer estética, quer higiênicamente, nos prédios rústicos maior deveria ser a distância.

O art. 577 estabelece que, —em prédio rústico, não se poderão, sem licença do vizinho,, fazer novas construções, ou acréscimos às existentes, a menos de metro e meio do limite comum‖. Não se distinguiram a construção para habitação e a construção para outro uso. Pergunta-se: ~ Prédio rústico é, aí, o que é rústico por seu destino, ou o que está situado em zona rústica? Parece que adotou a primeira resposta a 13 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de setembro de 1946 (E. *dos* 2'., 166, 671}; ma~ sem razão: a regra jurídica do art. 577 é de incidir em toda a zona rural. Inconveniente dos dais significados de —prédio rústico‖.

2.NATUREZA DO DIREITO. Trata-se, também aqui, de *direito de vizinhança,* irrenunciável e não suscetível de ser excluído ou alterado por algum negócio jurídico, inclusive servidão. Distingue-se, pois, do direito de vizinhança fundado no art. 573 (sem razão, CLÓvIs BEvILÁQUA, *Código Civil comentado,* III, 105, que os equiparava). O assentimento do vizinho é para cada caso imediato.

§ 1549. Direito de construir: d) estrebarias, currais, etc.

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 578. —As estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras e, em geral, as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, guardarão a distância formam nas posturas e regulamentos de higiene‖, É

o que se lê no art. 578.

O art. 578 faz conteúdo da lei de direito privado o que, a respeito da matéria, se estabeleça no direito público. Em consequencia disso, nascem aos vizinhos pretensões de direito privado, que lhes permitem a ação de nunciação de obra nova e a de desfazimento. É preciso que a espécie caiba no art: 578.

2.LEIS DE DIREITO PÚBLICO. A questão que surge é a de se saber se da regra jurídica do Código Civil, que se refere a posturas municipais e regulamentos de higiene, federais, estaduais e municipais, nasce direito de vizinhança, ou se apenas se aludiu à legislação de direito público. Noutros termos: a) se a referencia faz conteúdo da lei civil tais regras de direito público, de modo que a lei-conteúdo possa variar, ficando intacto o art. 578, que receberá as regras de direito público como regras *também* de direito privado; ou *b)* se não tem outra conseqüência que a de remissão às regras de direito público. Se a solução a) é a verdadeira, o art.

578 irradia *direitos subjetivos, pretensões* e *ações.* A inserção da referência desse art. 578 no Código Civil, entre regras sôbre direitos de vizinhança, tem a função de tornar conteúdo (variável!) da lei de direito privado as regras que tenham sido adotadas nas posturas municipais e nas leis, quaisquer, de higiene. Não é preciso dizer-se que a *validade* da regra de direito público é pressuposto necessario para que *valha* como conteúdo da regra de direito privado. Por isso se há de apurar a sua *inconstitucionalidade* ou a sua *ilegalidade.* Os arts. 141, §§ 1.~, 29 e 16, e 200 da Constituição por exemplo, têm de ser observados

§ 1.550. Direito de construir ,madeirar e travejar

1. CÓDIGO CIVIL, ART. 579.... No art. 579, o Código Civil atribui, como direito de vizinhança, ao proprietário urbano, quando haja alinhamento, o direito de madeirar sôbre a parede divisória do prédio vizinho: —Nas cidades, vilas e povoados, cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono de um terreno vago pode edificá-lo, madeirando na parede divisória do prédio contíguo, se ela aguentar a nova construção; mas terá de embolsar ao vizinho meio valor da parede e do chão correspondente‖. O art. 580 prevê: —O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parte divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela, se o vizinho a travejar (art. 579). Nesse caso, o primeiro fnºará a largura do alicerce, assim como a profundidade, se o terreno não fôr de rocha‖.

2.ARTS. 579 E 580: AS REGRAS NÃO 50 SIMÉTRICAS. As duas regras não são simétricas, como à primeira vista podem parecer. 1. *a)* Qualquer confinante *urbano* (cp. art. 577) pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo. 14 O vizinho pode travejar na parede que assim foi feita e cujo solo é, por metades, seu e do edificador, portanto também a metade da parede, pela acessão *(Superficies solo cedit,* arts. 530, II, 536, V, 545), *mas,* nesse momento, tem de pagar ao que a construiu o —meio valor dela‖ (art. 580). II. a) Qualquer confinante rural, que tem licença do vizinho para dispensar o metro e meio (art. 577), pode, se o contrário não foi estipulado, ou em caso de dúvida, construir até meia espessura no terreno do vizinho que deu a licença. *b)* O

vizinho dispensante poderá travejar na parede assim feita, que, posta, por metade, em seu terreno, por metade é sua. Porém há de pagar o —meio valor dela‖. III. Se o proprietário *urbano* faz a sua parede *só* no

seu terreno, toda ela é sua, pela acessão; e não cabe invocar-se o art. 580: rege a espécie o art. 579 e tão-só Ale. O vizinho pode madeirar sôbre essa parede alheia, mas tem de embolsar o vizinho —meio valor da parede‖ e —meio valor‖ do solo correspondente à parede que passará a ser seu. Não no era. Há aqui elemento de *constitutividade* quanto à metade da parede e à metade do solo. Isso pôsto, atendamos a que a parede a que se referem 1 e II é *sobre a linha divisória,* comum, como o solo, aos dois vizinhos; ao passo que a parede a que se refere é *imediatamente junto à linha divisória,* razão por que se têm de pagar o meio valor da parede e o meio valor do terreno..

Se a parede foi distanciada da linha, e não rente à linha, os arts. 579 e 580 não podem ser invocados. Não ocorreram os pressupostos de 1 e II nem os de III

3.CONCEITO DE —MEIO VALOR DA PAREDE‖. O conceito de —meio valor da parede‖ (arts. 579: —meio valor da parede‖; art. 580: —meio valor dela‖) é comum às duas regras jurídicas. ~ Trata-se de —meio valor do custo‖, ou de —meio valor atual da obra‖? A favor daquela interpretação, há o argumento de que foi Asse o desembôlso e os interesses dessas despesas foram compensados pelo uso da parede, dela não tendo usado o vizinho; a favor dessa, há o argumento de que o madeirador ou travejador somente agora se vai utilizar da parede, que *teria,* agora, de ser construída pelo preço de hoje (valor atual). As Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § 85, optaram, no caso III, pela solução do preço do custo: .... se quiser pagar metade do que a dita parede custou ao senhor dela, poderá nela madeirar‖, sendo o caso de parede *pra diviso.* O Código Civil, arts. 579 e 580, pelo meio valor atual (sem razão, CLÕvIS BELÁQUA, *Código Civil comentado,* III, 579).

4.As PRETENSÕES DO ART. 579. No caso do art. 579, o Código Civil regula direito de vizinhança, que tem duas pretensões diferentes, a de madeirar ou travejar na parede do *vizinho,* e a de haver para si a metade dessa parede e o solo em que assenta a metade. À primeira pretensão corresponde *ação declarativa;* à segunda, *ação constitutiva.* Antes de pagar o meio valor do solo ocupado pela parede e o meio valor da parede, o vizinho não é meeiro da parede, nem tem título para que se desloque a linha divisória. A deslocação da linha será eficácia constitutiva da sentença, ou do negócio jurídico que foi os novos limites, *mais* o efeito mandamental daquela sentença ou do ato de levar a registro e obter a transcrição.

O art. 579 fala de —terreno vago‖. O Tribunal de Apelação do Piauí >

a 5 de outubro de 1939 *(Acórdãos de 1939,* 439), entendeu que —Asse texto legal condiciona sua parte dispositiva à circunstância de se tratar de edificação e edificação em terreno vago, portanto de construção nova, que levante o dono do terreno, dando-lhe o direito de travejar na parede do vizinho, parede que se pressupõe já existente‖. O vizinho, que da parede se aproveita, tem de embolsar ao dono da parede meio valor da parede e do chão correspondente. Traverge do julgado piauiense o da 4~B Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 26 de abril de 1945 *(R. dos T.,* 159, 730): —O principio do art. 579 do Código Civil é aplicável por fôrça de compreensão, no caso de reconstrução de imóvel contíguo‖.

Nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 68, § 35, edictou-se: —E ninguém poderá meter trave em parede, em □que não tiver parte: porém, se quiser pagar a metade do que a ═dita parede custou ao senhor dela, poderá nela madeirar, sendo .a parede para isso‖. Não havia nenhum favor aos terrenos ainda não construídos. Nem a expressão —vago‖

exclui a reedificação, ou a reforma do prédio existente.

A ação para embôlso do meio valor da parede e do chão correspondente prescreve em cinco anos, conforme entenderam ~ 3.ª e a 4ªt Câmaras Cíveis da Côrte de Apelação de São Paulo, a 3 de novembro de 1936 *(1?. do T.,* 110, 336), porque o art. 178, § 10, Nº, concerne à ofensa ou danos causados, e há como pressuposto do exercício do direito decorrente do art. 579 dano (Tomo VI, § 715, 1).

A ação do art. 579, *in fine,* exerce-se contra o proprietário do prédio, de modo que o sucessor de quem construiu é legitimado passivo, salvo~ se houve renúncia do proprietário do prédio em cuja parede se madeirou. Renúncia, dissemos; e não simples consentimento, como pretendeu a 3,a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de novembro de 1937 *(R. dos T.,* 113, 119) : o direito de propriedade do dono da parede divisória e do terreno em que ela assenta sofre, com o art. 579, limitação de conteúdo, em razão da qual se aumenta o conteúdo do direito de propriedade do dono do prédio em que se constrói; não precisa nº assentir, nem consentir; pode opor-se ao madeiramento ou continuação da construção se entende que não há pressupostos do art. 579 *(e. g.,* a parede não suportaria o pêso) ; mas a limitação é no sentido de se estabelecer direito formativo gerador.

O art. 579 dá a quem satisfaz os seus pressupostos o direito formativo gerador ao uso da parede, e exerce-s~e tal direito adquirindo-se a

parede, que passa a ser parede-meta, *mais* o terreno que corresponde a essa parte divisa (metade

divisa) da parede. O dono da parede ou entra em acordo (negócio jurídico), ou apresenta objeção, ou sofre que se traveje, após o depósito em consignação, ou renuncia à indenização.

5. O ART. 580. Muito diferente é o que se passa no art. 580. O confinante pode assentar a parede divisória até meia espessura do terreno contíguo. t *direito de vizinhança,* correspondente, como todos os direitos de vizinhança, a limitação ao conteúdo do direito de propriedade, em cujo vazio êle se estende. Não precisa de ato constitutivo.

Ele se exerce como qualquer direito dependente, incluso no conteúdo do direito de propriedade. Se o outro proprietário confinante a traveja, já ai o travejamento é em parede-meia, de que os dois são pro prietários, porque o solo em que ela assenta é dos dois, *separadamente.* A metade da parede *já* é do que sofreu o exercício do direito de construir, direito de vizinhança, por parte do proprietário confinante. Apenas *êle* não a deve, desde que foi construída; porque não a utilizou. A parede acedeu à meia espessura dê solo seu sôbre a qual o outro a construiu; agora, querendo utilizá-la, tem de *pagar* o valor da parede, por metade. Não paga para ser dono dela: êle já o é.

Paga porque a adquiriu sem pagar; e o momento da solução da divida é agora, quando passa a utilizar a parede.

Todas as pretensões a respeito dessa metade de parede são pretensões de dono, *e não de vizinho.* Não há, aí, direito de vizinhança, mas direito de propriedade completa.

6.SE O PROPRIETÁRIO CONTÍGUO JÁ ERGUEU A PAREDE EM TERRENO só SEU. Pode dar-se, porém, outra espécie, que seria IV: o proprietário contíguo já ergueu a parede em terreno só *seu;* quer dizer não exerceu nº direito de vizinhança, que o art. 580 lhe conferia. O outro vai iniciar a sua obra. Ou trava na parede do confinante, o que lhe é dado fazer, com base no art. 579 ou nos princípios da espécie II, ou, porque não tem ela capacidade —para ser travada pelo outro‖, terá êle de erguer a sua, junto à‘que lá está. Surge, então, o *problema do alicerce nôvo junto a alicerce antigo,* que se ofereceu à técnica legislativa. No‘ direito romano, a L. 24, § 12, D., *de damno infecto et de suggrundú* a *protectionibus,* 39, 2, permitia a caução *damni infecti* para o caso de se cavar tão profundamente que a parede não se pudesse

suster. MANUEL ÁLVARES FERREIRA *(De Novorum Opernm Áedificationibus,* L. II, d. 11, n. 2) e GABRIEL PEREIRA DE CASTRo *(Decisiorces,* 168-170) atestaram que o nosso direito a recebera, O Código Civil, no art. 580, afasta qualquer fundamento no dolo, para se satisfazer com a relação de causalidade entre o *alicerce ao pe* ou a *obra mesma* e o prejuízo à construção anterior.

O direito de vizinhança, de que trata o art. 580 > supõe que a parede seja a que se costuma fazer no lugar. Se a zona já é mais própria a edifício de muitos andares, não seria exercicio regular de direito (art. 160, 1) levantar-se parede que não serviria às construções mais usadas, então, na rua ou bairro, ou imprópria a edificação futura, se o vizinho sabe qual o projeto que tem o outro, em começo de execução, ou próximo a executar-

-se. O legislador brasileiro denºou certa margem à limitação costumeira do direito, seguindo a vida e as transformações dos lugares. Em vez disso, o Código Civil argentino (art. 2.725), com regra jurídica estrita, fêz bem exíguo o direito do confinante: —El que en los pueblos ó en sus arrabales edifica primero en un lugar aun no cerrado entre paredes, puede assentar la mitad de la parecI que construya sobre eI terreno del vecino, con tal que la pared sea de piedra 6 de ladrillo hasta la altura de tres metros, y su espesor no exceda de dieciocho pulgadas‖ (cp.

Código Civil de Luisiana, art. 671).

7.PAREDE-MEIA. Se a parede é meia, ou porque os confinantes a fizeram, metade por metade, ou porque ambos já a adquiriram feita,. ou porque um deles a construiu, usando do seu direito de vizinhança para a erguer em meia espessura do prédio vizinho (art. 580), ou porque um deles madeirou na parede do prédio vizinho e a adquiriu pela indenização do art. 578, cada vizinho é *dono* da metade que a cedeu ao seu terreno (o Código Civil chama a isso

—condômino‖, sem atender a que aí faz a imagem da coisa prevalecer sabre os princípios de direito, que mantêm a linha divisória subindo pelo meio da parede). Diz o art. 581 do Código Civil: —O condômino da parede-

-meia pode utilizá-la até ao meio da espessura, não pondo em risco a segurança ou a separação dos dois prédios, e avisando o outro consorte das obras, que ali tencione fazer. Não pode, porém, sem consentimento do outro, fazer, na parede-meia, armários, ou obras

semelhantes, correspondendo a outras, da mesma natureza, já feitas do lado oposto‖.

A utilização da parede-meia não é, de modo nenhum, exercício de direito de vizinhança; é exercício do direito de propriedade. O art. 581 apenas explícita que o comuneiro da parede-

-meia o tem, para restringir o direito de propriedade no sentido de ter de evitar o *risco* à segurança e à separação dos dois prédios. Não se trata de definição, *in casu,* de abuso do direito: êsse pode ocorrer sem se ter caracterizado o risco à segurança ou à separação dos dois prédios. Nem se precisa pensar em ato ilícito e culpa. O art. 581 proibe a utilização com o risco para a ~‗segurança~~ ou a —separação dos dois prédios‖; e aí está exatamente limitação ao conteúdo do direito de propriedade do comuneiro da parede-meia, com o correspondente direito de vizinhança, a favor do outro comuneiro, isto é, do que está do outro lado da parede-meia e é dono da metade dela. No Tomo XII falámos e nesse ainda falaremos da diferença entre parede-meia e parede comum.

Para que o —condômino‖ de parede-meia possa utilizá-la, é preciso que, com isso, não ponha em risco a segurança ou a separação dos dois prédios, e avise prêviamente o outro comuneiro. A Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de fevereiro de 1931 *(R. dos T.,* 79, 29), entendeu que o aviso só se exigia para os casos do art.

581, 2.8 parte, o que é absurdo: na parte 1.8 do art. 581 fala-se de —aviso‖; na parte 2.8, de —consentimento‖. Tão-pouco pode o uso ir além da meia espessura (4.8 Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 8 de maio de 1985, *R. dos 7*"., 99, 402). O aviso pode ser dado pelo proprietário, ou pelo construtor, *em nome dele* (sem razão, a 4□8 Câmara Civil, a 15 de setembro de 1937, *R. dos* 7¾, 110, 697). O aviso pode ser oral (2.8 Câmara Civil, 26 de agôsto de 1941, 187, 256). Assentimento supõe ciência.

A regra jurídica do art. 581, se bem que se refira a parede-meia, alcança toda parte em metades divisas, como muro--meio, tecto-e-soalho, ou soalho-e-tecto, tanque-meio, coluna-meia (quanto ao muro-meio, 3~8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de junho de 1948, *R. E*"., 99, 450).

§ 1.551. Direito de construir: f) chaminés, fogões, fornos

1. FOGO E CALOR. O fogo interessa grandemente às relações de vizinhança. A tese romana, coerente com a concepção absolutista da propriedade e o * *Qul jure suo utitur neniinem Iaedit,* entalhou-se em proposições tipicas (como as da L. 9, ~ 1, D., *de condictione causa data causa non secuta,* 12, 4, e da E. 13, § 1, D., *de iniuriis et famosi.s libeilis, 47,* 10) na E. 3, § 7 D., *de incendio ruma nau fra,gio rate nava. expugnata,* 47, 9, onde se nega que LABEXO permitisse a ação de indenização contra o que demolia a casa do vizinho para evitar que o fogo viesse a sua. CELSO e ULPIANO sentiram a injustiça de tal concepção

Verdade é, porém, que chegou até nossos dias o * *Qui iure suo utitur nemini facit iniuriam;* mas somente para justificar que cada um pudesse fazer fogo e obras para fogo, para uso da família. SAMUEL STRYK, que do assunto tratou em *De Pure Sensuum,* escreveu —Si quis faciat ignem solitum, quem usus familise exigit, et ita forte fortuna alicui fumo melestas sit, non poterit a vicino prohibere, cum *qui jure suo utitur nemini faciat injuriam".* A antítese primeiro se apresentou com a caução de dano infecto. Até que se chegou a ver o abuso do direito do uso do fogo e das obras para fogo e, finalmente, à elaboração de regras legais que limitassem o conteúdo mesmo do direito de propriedade e fizessem nascer, nos vizinhos, direito dependente, incluído no direito de propriedade deles.

2.SAMUEL STRYK. Quando SAMUEL STRYK distinguia o fogo moderado, *ignis solitus,* e o imoderado, nada mais fazia do que tentar solução no plano da vedação do abuso do direito, sem ter a teoria. Um pouco mais precisos foram AGOSTINHO BARBOSA e MANUEL ÁLVARES FERREIRA.

A transição para as regras de limitação ao conteúdo do direito de propriedade mostrou-se bem nos julgados que MANUEL ÁLVARES PECAS *(Commentariro ad Ordinationes,* VI, 79; *Resolutiones Forenses,* IV, 243 e 257, 260-261) reproduziu:

a) *em princípio,* o uso de fogo ou a obra de fornos é permitida se em paredes próprias *(verbia:* —quando se não metam nas paredes dos vizinhos‖, no julgado dos *Commentaria)* ; mas *b)* a proximidade pode ser exercício irregular do direito de propriedade *(verbis:* —nem lhe fiquem próximos‖), ainda se é comum a parede; e) a inatividade extraprocessual ou processual do vizinho era argumento contra a procedência da ação demolitória; *d)* a sentença, na ação demolitória, podia ordenar, em vez de demolir-se, corrigir-se a obra, para que ela

não causasse dano.

═.4

3. AÇÕES. O art. 582, se bem que se refira à caução de dano infecto, não dá apenas ao dono do prédio ameaçado com obras para fogo chaminés, fogões, fornos (a referência não é exaustiva) no prédio contíguo, ainda que a parede seja comum, ou só do vizinho, a nulação da obra nova. Aí está direito de vizinhança, com as suas pretensões e ações, *mais,* explicitamente, a caução de dano infecto. Foi o tirar, aqui e ali, regra do Código Civil do Cantão de Zurique *(e.* g., aqui, art. 176), que pontilhou de tais casos o texto da lei. Mas o princípio geral de limitação é o de que *as construções para fogo, conto as demais, têm de ser tais que não prejudiquem os direitos do vizinho* (Códigoo Civil, art. 572), princípio de que emanam direitos e vizinhos, inconfundíveis com as pretensões e ações nascidas do abuso do direito (Código Civil, art. 160, 1) ou com as ações do art. 554.

4.DIFERENÇÂ ENTRE O ART. 582 E O ART. 588 no CÓDIGO CIVILi. Cumpre observar-se que o art. 582 se refere às obras para fogo no prédio de outrem, sem alusão à proximidade, ou justaposição, ou embutimento. O art.

583, não. Nêle, o encostar e, a *fortiori,* o embutir, o encravar, o encanºar são conceitos centrais e necessários. —Não é lícito encostar à parede--meia, ou à parede do vizinho‖, diz o art. 588, —sem permissão sua, fornalhas, fornos de forja ou de fundição, aparelhos higiênicos, fossos, cano de esgôto, depósito de sal, ou de quaisquer substâncias cerrosivas, ou suscetiveis de produzir infiltrações daninhas‖.

E acrescenta o parágrafo único: —Não se incluem na proibição dêste e do artigo antecedente as chaminés ordinárias, nem os fornos de cozinha‖. Não se falou de parede *própria,* porque então o caso entraria na espécie do art. 582.

A proibição feita no art. 583 não se refere às instalações mencionadas no art. 583 se encostadas a parede ou muro *que não é do vizinho* (33 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de abril de 1931, 1?. *dos T.,* 78, 353).

A infração gera obrigação de ressarcir ainda sem culpa, bem como ao dono da parede faz nascer a pretensão à demolição.

5.PRINCÍPIO DA TOTAL UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO E DIREITO DE VIZINHANÇA. A favor do vizinho nasce direito de vizinhança, porque,

segundo o principio de utilizabilidade total do espaço pelo proprietário, teria cada um o direito de usar do seu prédio como quisesse. Encostar é pôr *junto. Junto* não é por sôbre o terreno.

Portanto, segundo a concepção absolutista da propriedade, teria de ser utilizável, ainda para fornalhas, fornos de forja, ou de fundição, o *espaço* próprio do terreno. O princípio antitético faz surgir o direito de vizinhança, que, aqui como a outros respeitos, é mais eficaz pela natureza real do que a situação resultante do abuso do direito pelo vizinho, ou da situação de quem alega a culpa de outrem (atos ilícitos).

6.RESTRIÇÃO E EXCLUSÃO DO DIREITO. O direito dependente, incluído no direito de propriedade, que nasce do artigo 588, é suscetível de restrição ou de exclusão: primeiro, *pela permissão prévia,* a que não se exige forma especial; segundo, *pela permissão posterior,* que valha aquiescência ou renúncia do direito; terceiro; *pelo negócio jurídico,* principalmente bilateral (compra-e-venda, por exemplo) ; quarto, pela usucapião da servidão; quinto, pela constituição de servidão que contenha a extinção dele. Naturalmente, não se incluem na proibição as

—chaminés ordinárias‖; nem os —fornos de cozinha‖; ou os fornos, ainda menos perigosos e nocivos, dos dentistas, e os aparelhos de desinfeção que usam os médicos.

§ 1.552. Direito de construir: g) aparelhos higiênicos, esgotos, etc.

1.DEJEÇÃO. Tudo quanto concerne à dejeção necessária da casa tem de ser expelido ou por meio de encanamentos, ou de fossas, ou de cremação, ou outro processo de destruição *in loca.* O que é que se há de considerar dejeção necessária só a situação e as circunstâncias poderão dizer. Não há a a resposta a *priori.* A própria definição seria formal: tudo que a casa, em sua utilização normal, e os seus habitantes, segundo obter de viver de cada um, mas dentro da normalidade da vida, precisa pôr fora do terreno.

O Código Civil, no art. 588, disse: —Não é licito encostar à parede-meia, ou à parede do vizinho, sem permissão sua, fornalhas, fornos de forja ou de fundição, aparelhos higiênicos, fossos, cano de esgôto, depósitos de sal, ou de quaisquer substâncias corrosivas, ou suscetíveis de produzir infiltrações daninhas‖. A regra mune o vizinho, que não

anuiu em tal justaposição, de direito de vizinhança contra o que fêz, ou está fazendo a obra. Em conseqUência, tem êle a caução de dano infecto e a ação de demolição. O abuso do direito não daria a demolitória.

2. PAREDE-MEIA. O art. 588 apanha os casos das paredes-meias, que são paredes *divisas* entre confinantes.

Muito se discutiu no passado se a regra também cabe em caso de comunhão *pro indiviso.* Outrora e hoje, verdadeira é a afirmativa, pois, *ex hypothesi,* houve a divisão *para o uso* e tem cada um de respeitar o uso do outro, na parte que se lhe concedeu. Quanto à comunhão *pro divisa,* era ociosa a disputa: cada comuneiro é dono da sua parte divisa e *vizinho.* Parede-meia é isso.

3. MAU CHEIRO. Se os aparelhos sanitários não são encostados A parede, porém exalam mau cheiro *(incommadus foetor),* que causa dano ao vizinho, ou o caso cabe nos arts. 554 e 555 (uso nocivo da propriedade), ou há de recorrer o prejudicado às regras sôbre atos ilícitos ou sôbre abuso do direito. Ainda que haja assentido no aparelho higiênico, ou na fossa, porque se entende ter assentido na persuasão de que o vizinho limparia o aparelho, ou a fossa, frequentes vêzes (MANUEL ALMEIDA E SOUSA, *Casas,* 110).

4. LEI DE DIREITO PÚBLICO. Nas zonas habitadas, *habiuda loca,* são proibidas pelas posturas municipais e as leis sObre higiene os esterquilínios, ou montes de estêrco, fossos curtidores, etc.; e tais regras de direito público dão a ação cominatória e a demolitória (Código de Processo Civil, arts. 802, XI, e 305) à pessoa jurídica de direito público. Se a espécie cabe num dos arte. 572 e 578, opera-se a recepção pelo direito privado, conforme antes foi exposto.

§ 1.553. Águas e nocividade

1. REGIME DO CÓDIGO CIVIL. Cada proprietário é dono do subsolo do seu terreno e nêle apanha a água que quer, faz as escavações que entende e lança à terra o que lhe apraz. Tal o principio-tese, absolutista, da propriedade. Se há, no vizinho, fonte, posso também ir buscar, lá no fundo, ao lençol da água, a água que deseje.

Mas o outro princípio, a antítese, inspira que se protejam os interesses *dos outros proprietários,* dos vizinhos. Já vimos que proteção positiva

sugeriu as regras dos arts. 563-568; agora, as situações fazem conceber-se proteção negativa: (a) quanto à inutilização das águas do poço alheio, ou da fonte alheia; *(b)* quanto à poluição dessas águas; *(o)* quanto à diminuição exagerada da água do poço ou da fonte vizinha.

2.CONCEITO DE INUTILIZAÇÃO. (a) A inutilização da água do vizinho pode dar-se por muitas causas, sendo a principal a poluição; porém o Código Civil entendeu pôr o conceito mais estreito (poluição) e, depois, o mais largo (inutilização). Águas poluídas são, no sentido da lei, águas inutilizadas.

(b)A *poluição,* de *poilua, poluere,* poluir, sujar, cujo étimo não é *tutum,* imundície, lama, estêrco, * *slutum,* nem só *lua (lavo, lues),* como pretendeu AUGUST ZIMMERMANN *(Etymoio gisches Wôrterbuch der lateinischen Sprache,* 205). Pensamos assim, porque o *1* é consoante dental ou gutural líquida, recente nos primitivos, posterior ao *r:* alude a unidade (língua, lágrima, dilúvio, aluvião, limo, lama, *laqui,* falar, lux), a sujo (lama, poluir). A discussão é, pois, um tanto ociosa. Há um *pol-,* que diz tudo, e o *lua,* de *Uva,* pode bem ser posterior ao *luo,* de *polluo.* Seja como fôr, poluir, no art. 584, é sujar, contaminar, turvar, e qualquer outro ato de inutilização qualitativa. Fica o inutilizar para outras espécies, que não sejam qualitativas, nem caibam no art. 585. Tanto aqui quanto em (a) e em (c), a apreciação da inutilização, poluição ou diminuição é relativa às circunstâncias, ao uso normal das águas. Não se há de exigir que a água, de que se serve, para seus porcos, o criador, seja tão pura quanto a daquele que a tira do poço para beber. Nem os arts. 584 e 585 se referem só à água potável.

(c)A diminuição das águas, devido a escavações, *ou outras obras impeditivas no subsolo (e. g.* enterrar no chão, em vertical, placa de metal de longa extensão), se essa diminuição atinge a água necessária, ou, se pequena, provém de escavações mais profundas que a do vizinho, em relação ao nível do lençol da água, é violação do art.

585. Portanto, o *direito de vizinhança,* por parte do que tem água, consiste em ter o dono do poço ou da fonte o direito à água *de que necessita,* donde as pretensões a que não lhe tirem, ou não lha tirem, a ponto que a façam insuficiente, porque aí não é do seu direito de propriedade *sensu strioto* que se trata, mas do direito dependente, correspondente a *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade do vizinho, que consiste em não poder êsse, no seu próprio terreno, escavar de tal modo que diminua o suprimento da água necessária ao dono do poço ou fonte.

Se a diminuição fôr devida a escavações mais profundas que a do dono do poço ou da fonte, não se precisa pensar no pressuposto da necessidade da água. t óbvio que a necessariedade se apura relativamente às circunstâncias, desde que regular o uso da propriedade pelo dono do poço ou da fonte.

3.DO ERRO o ANTERIOR. No direito anterior, o princípio antitético ao conceito da propriedade, como direito absoluto ainda não havia penetrado a ponto de estabelecer *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade.

Apenas havia casos esporádicos de vedação do abuso do direito e do dolo. Se abrimos, por exemplo, o livro de COaHO DA ROCHA *(Instituições,* 465), o que lhe lemos é que —a propriedade de um prédio‖, qualquer, compreende o ar perpendicular, assim como o solo até o centro‖ e, por isso, —o proprietário pode nêle abrir poços, valas, ou minas, *ainda que corte as veias de* água, que iam brotar ao prédio inferior, ou desvie as águas, que para este necessariamente escorriam‖; e somente via duas exceções: —se ~o vizinho provar servidão‖, —quando a veia contém a mantença da fonte pública‖. Essa tese, que é a da concepção absolutista da propriedade, nos vinha do direito romano. Vale a pena lembrarmos duas passagens : —Finalmente, escreve Marcelo que nenhuma .ação, nem mesmo a de dolo, se pode exercer contra o que, cavando no seu (solo), desviou a fonte do vizinho; e somente não a deve ter, se (êle) não o fêz com animo de prejudicar o vizinho, mas para melhorar o seu próprio campo‖ (L. 1, §

12, O. *de aqua et aquae pluviae arcendae,* 39, 3); —Se no meu brota a água que no seu terreno tem o veio e cortas êsse veio, e por isso houver denºado de chegar a água ao meu terreno, não se considera que tenhas obrado com violência, se não me era devida servidão por êsse motivo, nem sofres o interdito *quod vi aut ciam"* (L. 21, D., 39, 3). Tudo se tinha de desenrolar no terreno das *restrições* (negociais) à propriedade, e não no da *limitação à* propriedade. A ação de dolo exigia o *animus nocendi.* Não importava, sequer, o fato de se cortar de todo o manancial de que o outro se utilizava: —si eas venas incideris et oh id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse‖. Os juristas portuguêses receberam essa concepção absolutista. Por exemplo, GABRIEL PEREIRA DE

CASTRO *(Decisiones,* 169 s.) dedicou toda a decisão 35 ao assunto e, por mais que se lhe perceba o intuito de relativizar o direito do proprietário vizinho, a armadura romana não lhe permite

movimentos: —licere aquam avertere, quando non dolo fit, sed utendo iure proprio, quia lucrum principaliter intenditur, licet per accidens damnum sequatur: unde ibi solum succurritur per actionem damni infecti, quando panes corruere potest, non vero circa aquae aversionem Assim, cada um podia furar o seu terreno até o centro da terra e abrir poços, valas, minas, meter canos (—cuniculus, foramen, est subterraneum‖, dizia FEsrro), ainda que, com isso, cortasse a água do outro.

Assim pensavam, sem escorregadelas, ANTÔNIO MENDES AROUCA, MANUEL ÁLvARES FERREIRA, DIOGO CAMACHO DE ABOIM GUERREIRO, GABRIEL PEREIRA DE CAsmo e os demais. MANUEL

ÁLVARES PÊGAS ainda aduzia argumentos que explicassem a tese romana; ,_,como podia o que via diminuídas ou cortadas as suas águas *possuí-las* no prédio vizinho? Verdade é, porém, que muito se discutia sôbre a *distância* entre o poço, vala, ou mina do vizinho, e a linha do limite. Mas êsse é, evidente, outro problema (MANUEL DE

ALMEmA E SOUSA, *Tratado das Águas,* 233-239). Talvez a melhor solução para êsse problema de SÓLON

fosse a do espaço necessírio, em fnºação *arbitrio bani viri,* e não a de se importarem medidas de outros povos.

Hoje, há o art. 578, *verbis* —as construções, que incomodam ou prejudicam a vizinhança‖, e os arts. 577 e 572.

4. LENÇOL DAS ÁGUAS. Ainda a respeito do direito de vizInhança havemos de notar que não é pressuposto necessário *à contiguidade* dos prédios: desde que o lençol da água é o mesmo e há relação de causalidade entre o corte e a diminuição, não importa que estejam distantes os prédios, os efeitos e a causa podem ficar em ruas diferentes. Quando se fala de vizinhança, é a regra legal que diz, segundo as circunstâncias, quem é vizinho.

§ 1.554. Direito de entrada para obras

1. DA CASA. A casa, no direito público, é protegida pelo *princípio da inviolabilidade do domicilio,* cuja natureza estudamos no livro *Democracia, Liberdade, Igualdade os três caminhos.* Tal princípio originou-se *na* dimensão da liberdade, e não *na.* do direito de propriedade. Apenas é liberdade física —espacializada‖: protege-se o

homem, o indivíduo, dentro de espaço, que é o seu domicilio. Diferente é o princípio de que o proprietário tem o uso exclusivo da sua casa. Esse princípio pertence ao direito privado e atende ao —conteúdo‖ do direito de propriedade.

Segundo a concepção absolutista do direito privado, ninguém poderia entrar em casa alheia. Mas, também aí, há a tese e a antítese. A entrada em casa alheia, além das vedações de direito público, constitucional ou ordinário, e das exceções constitucionais à vedação da entrada, é *ato ilícito,* que pode tomar maior ou menos intensidade (arrombamento, fôrça contra pessoas, ou contra portas, ou janelas, ou seteiras, entrada —sem licença‖). A ação é a de indenização, ou a ação possessóriá adequada. De regra, em virtude do princípio-tese, ninguém, estranho à casa, poderia entrar na casa de outrem para consertar, reparar, ou limpar canos, ou valas, ou aparelhos sanitários, que sejam do uso do estranho à casa.

O direito público registrou a influência do princípio antitético (proteção das vítimas de crime, socorro aos próprios habitantes). O interesse dos *outros* proprietários e, em parte, favor da construção e da conservação dos prédios operaram como princípio-antítese no plano do direito privado. Assim como o princípio da inviolabilidade do domicilio passou por limitação, também por ela passou o princípio da exclusividade do uso da casa. A limitação está no art. 587. Entrou, por via da doutrina, no direito luso-brasileiro.

2.COELHO DA ROCHA. Foi COELHO DA ROCHA *(Instituiições,* 464) quem introduziu no direito luso-brasileiro o direito (—servidão legal‖, entendia êle) do proprietário do terreno de entrar no terreno do vizinho para obras e reparos. Tirara-o do Alígemeines Preussisches Landrecht, Parte 1, Titulo 22, § 3. Salva, está visto, a indenização do dano.

3.CÓDIGO CIVIL. O Código Civil preferiu a fonte suíça, o Código Civil do Cantão de Zurique, art. 183. Não se circunscreveu à necessidade de reparação ou de limpeza, nem, sequer, à de reconstrução; *limitou* o conteúdo do direito de propriedade do vizinho, ainda no que se refere a construções novas. Disse o art. 587 do Código Civil:

—Todo o proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporàriamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se dai lhe provier dano, terá direito a ser

indenizado‖. No parágrafo único acrescentou: —As mesmas disposições aplicam-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras e aparelhos higiênicos, assim como dos poços e fontes já existentes‖. —Consentir‖ está, no art. 587, por —tolerar‖.

4. PRESSUPOSTOS. O direito de vizinhança que ai se constrói tem por pressupostos: a) ser indispensável ao proprietário do prédio, em favor de quem se faz a limitação ao conteúdo do direito de propriedade sôbre o prédio vizinho, a entrada nesse, para as obras; *b)* que se trate de construção, reconstrução, reparos, ou limpeza *da casa* do titular do direito de vizinhança, e não basta que pretenda ou precise limpar o seu terreno, ou reparar cêrca, etc.; *c)* que seja temporária essa necessidade: não há direito de vizinhança a manter no prédio vizinho serviço permanente, ainda que periódico, de limpeza ou consêrto da sua casa e dependências. ~ A expressão —mediante prévio aviso concerne ao direito, ou ao seu exercício? Se ao exercício, a entrada no prédio alheio para os fins do art. 587, sem aviso prévio, não é entrada sem direito, e sim exercício irregular de direito. Se ao direito, tem-se caso de direito cujos elementos constitutivos não vêm de uma vez só:

o direito só se perfaz quando o aviso *chega* ao vizinho. A distinção tem valor teórico e prático. CLóvís BEvILÁQUA *(Código Civil comentado,* III, 114) pôs o aviso prévio ao proprietário como —condição‖ (em sentido não-técnico!), no mesmo plano, portanto, que o ser indispensável a responsabilidade pelos danos. Mas responsabilidade pelos danos não é *pressuposto,* e sim *consequência* da causação do dano. O Código Civil apenas o explicitou, para tornar tal responsabilidade independente das regras sôbre os atos ilícitos. O —mediante aviso prévio‖ é, no direito brasileiro, pressuposto para o exercício, O direito de vizinhança existe, desde que se dá a necessidade de entrada para os fins do art. 587.

5. ENTRADA. Sempre que há construção, no mais vasto sentido, no prédio vizinho, de uso comum, que precise de limpeza ou reparação, a lei autoriza a entrada, porém segundo o art. 587. Se a limpeza ou reparação é de esgotos, goteiras e aparelhos higiênicos (é exemplificativa a regra, não taxativa), assim como dos poços *já existentes* (por exemplo, se ocorreu o caso do art. 566, ou do art. 563), dá-se o direito de vizinhança segundo o art.

587, parágrafo único. Não se confundam os casos do art. 587 e seu parágrafo com o das servidões, que são *restrições* e não *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade.

6. Aviso. O titular do direito de vizinhança segundo o art. 587 não pede licença: avisa prêviamente. Esse aviso é *comunicação de vontade,* ligada ao exercício do direito, e não declaração de vontade.

7.AçõEs. Há *ação declaratória positiva,* para se enunciar a existência da relação jurídica do art. 587 ou seu parágrafo único, ou *negativa,* para se enunciar a não-existência de tal relação. Além disso, há a ação cominatória com base no art. 302, XIII, do Código de Processo Civil. Há a ação de condenação a denºar entrar, bem como a executiva *lato sensu,* ou as duas, simultâneas, para que a sentença condene a denºar entrar e —execute‖ a obrigação de denºar entrar, civil ou policialmente (eficácia anexa de direito público).

§ 1.555. Ações nascidas do direito de vizinhança

1. AçÃo DECLARATÓRIA. Tanto o titular do direito de vizinhança tem a ação declaratória positiva, para se afirmar que lhe cabe tal direito (quer dizer: para ser declarada a *existência* da relação jurídica em que o vizinho e o autor se acham como sujeito passivo e sujeito ativo segundo alguma das regras do Código Civil, arte. 554-588), quanto nº, a que se atribui ser devedor de tal direito, tem a ação declaratória negativa para se declarar que não lhe cabe tal dever (quer dizer: para ser declarada a *não-existência* da relação jurídica em que o réu e êle seriam, respectivamente, sujeito ativo e sujeito passivo). A eficácia da sentença é sempre *inter partes,* por ser apenas a de coisa julgada material.

2. O titular propriedade. contra a julgada.

AÇÃO DE REINVINDICAÇÃO DO DIREITO DEPENDENTE do direito de vizinhança pode reivindicá-lo com a propriedade, se reivindica a propriedade, e não reage pesse hábil à usucapião de servidão, pode essa ser Adiante, n.

9.

3. AçÃo DEMOLITÓRIA. Outra ação que a lei material atribui ao direito de vizinhança é a *ação demolitória.* Lê-

se no art. 586 do Código Civil: —Todo nº que violar as disposições dos arte. 580 e seguintes é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo po~ perdas e danos‖. Desde logo observamos que o art. 586 vem antes do art. 588, o que suscita a questão, que discutiremos

adiante, de incidir ainda em casos de direito de vizinhança oriundo do art. 588. Restrinjamo-nos por enquanto aos arts. 544-585.

Na ação demolitória, fundada no art. 586, a *res in iudicium deducta é* o direito de vizinhança, e não a pesse.

Portanto, devemos premunir-nos quanto à jurisprudência que sofreu a influência da nota 389 de TENºEIRA DE

FREITAS A sua edição de CORREIA TELES *(Doutrina das Ações,* 146): —Ações demolitórias, com o nome romano de interditos *quod vi aut clam,* nada mais são que manutenção de pesse, quando as turbações consistem em obras novas, porém já de todo acabadas‖;

Para a ação do art. 586 não há o prazo do art. 523, nem as regras peculiares à pesse e à sua proteção podem ser invocadas. Por exemplo, não é exercível, salvo permissão da lei, ou convenção, pelos possuidores não-próprios (Código Civil art. 486); não cabe a distinção entre violência, clandestinidade, ou precariedade, e a não-violência, a não-clandestinidade, ou a não-precariedade da pesse (art. 489); nem se apura a boa ou má fé (art. 490); não se dá a demolição sem se ouvir o réu (art. 506>; nem se atende à melhor pesse, nem ela obsta à demolição, porque a demolição do art. 586 cabe nos mesmos casos que a reivindicação, uma vez que todo direito de vizinhança, direito *real* dependente, entra no direito de propriedade; nem se atende ao ano e dia (arte. 508, 528), salvo se há cessação do direito (art. 576, que nada tem com o rito processual).

MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria, TU,* 158) escrevia: —. . . illud remedium *Quod vi azd clam* habet locum quando quis aedificaverit in re mea clam, ita taliter, quod verosimiliter non potuit sibi denuntiari novum opus; si vero palam opus fecit, nuila industria adhibita, ut sibi nuntiari non possit, cessat illud remedium, et datur interdictum *Uti possidetis,* ut opus destruatur‖. Também assim, MANUEL DE ALMEIDA E SOnSA *(Tratado dos Interditos,* 196). Mas ambos se mantinham no plano da *pesse.* Não se poderia falar, então, de pesse em casos dos arte. 554485, porque não havia *direitos de vizinhança* em tais situações no direito anterior, e sim ou servidões ou imissões legais na propriedade alheia. Não havendo direitos de vizinhança, não se podia, tão-pouco, pensar em ação demolitória *real.*

O Código de Processo Civil concebeu a forma da ação demolitória como ação de preceito cominatório (art. 802, VII).

A caução de dano infecto pode ser pedida segundo o art. 304.

A demolição é executada pela falta da caução (arte. 304, §),e 305, § 3.0); ou como atentado ao preceito. Mas o rito ordinário pode ser usado.

A ação demolitória compete a quem quer que construa com infração de regras dos arte. 581-585. Se, em vez de construção, é de escavação ou outro ato de diminuição, a ação é de fechamento, ou obturação, ou aterro. Têm-nas os proprietários e os possuidores, não só os proprietários (Sessão Plena da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 9

de janeiro de 1935, *Á. .1.,* 35,382). Os julgados *(e. g.,* g~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de abril de 1947, *R. dos T.,* 168, 239) que negam a demolitória se a obra não foi com violência ou clandestinidade são contra direito.

A legitimação do possuidor é porque o conteúdo da pesse é o da propriedade, sem que com isso se possa argumentar a favor de absurda possessoriedade da ação demolitória quando concernente aos direitos de vizinhança.

A ação demolitória, que tutela direitos de vizinhança, é inconfundível com a ação demolitória por obras em terreno alheio, ou comum, com ofensa à pesse ou ao direito de propriedade como tal. A ação demolitória, em qualquer dessas especies, é ação ligada *à* ação possessória, ou à reivindicatória, ou cominatória, ou à negatória, e supõe condenação: prescreve como ação real; e como ação real extingue-se com o direito de que se irradia. Quanto à ação demolitória que se exerce por infração de direito de vizinhança, o prazo de preclusão que se estabelece no art. 576

é limitado às espécies mencionadas, que são as do art. 573, 23, 3.~ e 4ª 5ª partes. Nas demais espécies, a ação demolitória não preclui.

4.AÇÃO PARA INDENIZAR PAREDE DIVISÓRIA. A ação para indenizar parede divisória é baseada na *pretensão a usar a parede divisória.* Nas Ordenações Filipinas apareceu inserta no Livro 1, Título 68, § 35, como exceção ao princípio de que ninguém pode usar da propriedade alheia: —E ninguém poderá meter trave em parede em que não tiver parte: porém se quiser pagar ~ metade do que a dita parede custou ao senhor dela, poderá nela madeirar, sendo a parede para isso . Pagava-se a metade do custo da parede. No Código Civil, art. 579, paga-se o meio valor da parede *e do chão correspondente.* No direito anterior, era dito tratar-se de servidão (LAFAIETE

RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 336), da servidão *tigni*

immittendi. DIDIMO DA VEIGA *(As Servidões Reais,* 159) e VIRGILIO DE SÃ PEREIRA *(Manual,* VIII, 292) construíram-no, respectiva-mente, como compropriedade da parede e como compropriedade da parede e do fundo. A opinião que exclui a servidão e admite a comunhão faz nascer a questão da causa dessa (compra-e-venda, R. POTRIER, F. LAURENT, T. Huc; desapropriação; ou misto de uma e outra, MARCEL PLANIOL). Venda sem consentimento é aberrante dos princípios; desapropriação em texto geral, a favor de alguém, para que se explique a irresponsabilidade pelos vícios redibitórios, falha em se não exigirem pressupostos de interêsse público. A velharia da servidão *tigni immittendi,* elevando-se a condomínio de superfície (DIDIMO DA VEIGA) e de superfície do fundo (VIRGÍLIO

DE SÁ PEREIRA), criaria questões delicadas, como a de reconstrução do prédio serviente. Quando os edifícios eram feitos para séculos, a servidão dependia de exigências óbvias; ao se tornar fácil a construção e renováveis por fôrça das circunstâncias, são tantas as complicações que a servidão *tigni immit tendi* O com maioria de razão, a comunhão legal!) suscitaria, que se tornou de todo destoante das situações econômicas de hoje. *De lege lata,* é comunhão que se estabelece; *de lege ferenda,* a concepção da limitação do conteúdo do direito de propriedade impunha-se.

As consequencias são as seguintes: a demolição rege-se pelo condomínio; destruída a parede, quem depois construiu tem a metade do chão correspondente a ela. Mas a comunhão é *pro diviso,* só para o destino da parede, o que perdeu a metade do chão pode construir sôbre o que perdera, e, até, exercer a pretensão do art. 580 do Código Civil, em fanºa maior.

O art. 451 do Código de Processo Civil refere-se à ação do segundo proprietário a construir.

5.A PRETENSÃO DO ART. 580, CÓDIGO CIVIL QUANTO Á MEIA ESPESSURA. Além da pretensão a usar da parede divisória, há, da parte de quem primeiro constrói, a *pretensão a ir até meia espessura do terreno contiguo* (Código Civil, art. 580), pretensão enatiomórfica à do art. 579 do Código Civil (porém nem sempre!). O

art. 451, § ri>, 13 parte, do Código de Processo Civil não concerne a essa pretensão, mas já à pretensão de haver a metade do preço, se antes se usou da pretensão do art. 580 do Código Civil. Só então o confinante réu adquire a metade da parede (cf. Código de Processo Civil, art. 452, 2~ alínea). O Código de Processo Civil não falou da

ação para a pretensão do art. 580 do Código Civil. *Quid ivris?* Ou o vizinho se opõe, e cabe aplicar-se o art. 302, XII (preceito cominatório) ; ou não se opõe, e a forma do art. 451 do Código de Processo Civil é adequada, pela enantiomorfia das pretensões.

O Título XX, *verbis* —ações para construção‖, do Código de Processo Civil permite essa interpretação. O parágrafo único do art. 580 do Código Civil é *exceptio.*

6.PRETENSÃO A ADQUIRIR A GOMUNHÃO No TAPTJME. A ação do art. 451, § 12, 2.~ parte, do Código de Processo Civil, funda-se na *pretensão a adquirir a comunhão no tapume* feito pelo vizinho. Tal pretensão é de comunhão forçada, à semelhança da comunhão pela necessidade de se aproveitar da parede ~do vizinho e do fundo, em que ela assenta, evidente regulação. simétrica à do art. 579 do Código Civil. Êsse tapume é só a parede, não a cêrca de pouca duração; e a‘ pretensão de direito material é a do art. 648 do Código Civil, interpretado pelo Código de Processo Civil.

7. AÇÃO DO ART. 588. § 1.0, Do CÓDIGO CIVIL. Os —títulos‖ e —capítulos‖ das leis dizem o seu conteúdo, se mais vasto que a soma dos conteúdos das regras explícitas que o constituem. Nesses casos, as regras explícitas são exemplificativas. Assim, a pretensão do art. 588, § 1.0, do Código Civil, a que o vizinho concorra, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação, cabe quando exercida pelo obrigado a concorrer (ação ligada à comunhão). Se exercida pelo que pede a contribuição, ou se lança mão da justificação preparatória (Código de Processo Civil, arts. 785-738), ou se propõe, desde logo, a ação em processo ordinário, ou se usa a forma dos arts.

451-453 do Código de Processo Civil, com fundamento na semelhança com a ação do art. 451, § 1.0, la parte *(verbis* para haver o meio valor‖).

Ainda o Código de Processo Civil, no art. 451, § 1.0, lª parte, enunciou: —Igualmente procederá o confinante para haver o meio valor da parede divisória construída até meia espessura no terreno contíguo, se travejada pelo vizinho‖.

O art. 451, § ~ 1.ª parte, refere-se à ação do Código Civil, art. 5ª, lª alínea, *in .fine.* Supõe-se que o autor construiu *primeiro* que o réu e tem, por isso, pretensão a haver o meio valor da parede. Do direito material resultou que, ao ter de murar, ou construir parede, é erro murar ou construir só no seu terreno. Toda conveniência existe em

que se exerça, desde logo, a pretensão do art. 580 do Código Civil, para que, vindo o vizinho com a ação do art. 579, não adquira metade do terreno que fica por banºo da parede ou muro. A ação é de condenação, e de condenação a sentença, no caso do art. 451, § 1.0, *1.8* parte.

No § 2.0: —O juiz homologará ou corrigirá o arbitramento, depois de ouvidas as partes no prazo comum de cinco dias‖.

A sentença não é homologatória, pelo menos não no é sempre; ocorre, às vêzes, que o juiz aceite o arbitramento, homologando o laudo, sem a sentença denºar de ser, por isso, no caso do art. 451, § 1.0, 28 parte, sentença de condenação. A confusão, encontradiça em julgados e livros, é de se evitar. Nem toda sentença que homologa é simplesmente homologatória (isto é, só constitutiva integrativa, pelo elemento de *ato* oficial necessário à constituição do negócio jurídico).

~ *Quid juris,* se houve *contestação* das afirmações do autor? Exemplo: se o citado alega que o réu não tem direito ao uso e à aquisição (art. 451, § 12, 2.~ parte), ou à indenização (art. 451, ~ lª parte). Não se tem de aplicar o rito ordinário, porque se denºou ═ao juiz, sem maiores cuidados de procedimento, dirimir tais dúvidas (cf. art. 458).

Como se trata de relação entre vizinhos, decide o título do autor, ou, melhor, o seu direito de construir ou de usar.

O elemento executivo não chega a caracterizar a ação, preponderantemente de condenação <art. 451, § 1.0, lª

parte), mas existe. A decisão, dirimindo a dúvida, se nega a pretensão, inclusive no caso do .art. 452, é suscetível de apelação (arts. 820 e 880, § 2.0). A que afirma a pretensão e ordena o arbitramento é de cognição superficial, não faz coisa julgada formal, de modo que só se dá a coisa julgada formal com a sentença posterior ao arbitramento. A apelação sôbre essa pode apreciar as questões de mérito suscitadas pelo réu, ainda que constantes da decisão que dirimir as dúvidas.

Acrescenta o art. 452, alínea 1.ª, do Código de Processo Civil: —Passada em julgado a sentença que homologar o arbitramento, depositar-sé-á em juízo a importância da indenização, na hipótese da artigo anterior e na do seu §

1.~, *jn. fine,* expedindo-se, no primeiro caso, mandado para que o autor possa utilizar-se da parede‖. Na alínea 2.8:

—Na primeira hipótese do § 1.0 do artigo anterior, o direito que ao

réu assistir de travejar a parede do autor, ficará dependendo da indenização de metade do seu valor, apurado em arbitramento‖.

Ainda o Código de Processo Civil, art. 453: —O arbitramento não se fará sem que se dirima qualquer dúvida sôbre se a parede divisória suportará a nova construção‖. Suportar a parede a nova construção, travejamento, ou madeiramento, ou o que fôr, é *condicio iuris* das pretensões dos arts. 579 e 580 do Código Civil. Não da pretensão do art. 451, § 1.0, □

1 a parte. Verifica-se isso por meio de perícia, anterior ao arbitramento. Sôbre essa per ícia, têm de ser ouvidas as partes. É supérflua, se não há dúvida sôbre a suportabilidade da construção. É perícia para prova de *afirmações* dos interessados (arts. 254-256, 258). O prazo para que as partes se manifestem é de cinco dias (arg.

aos arts. 257 e 451, § 2.~).

8.AçÃo DO ART. 451 DO CÓDIGO DE PRocEsso CIVIL. Diz o Código de Processo Civil, art. 451: —Nas cidades e vilas e nos povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono do terreno vago, que pretender madeirar na parede do prédio contíguo, poderá requerer que se nomeie perito, citado o proprietário vizinho para acompanhar o arbitramento do meio. valor da parede e do chão correspondente‖. Cf. Código Civil, art. 579. São pressupostos objetivos: *a)* haver construção a fazer-se, apoiando-se na parede do vizinho; b) ter a parede do vizinho resistência para suportar o apoio. Se, a despeito da sentença sôbre a pretensão a usar da parede, rui essa, ou se rachar ou de qualquer modo se estraga com o pêso, a sentença (constitutiva, conforme se dirá adiante) não é obstáculo à indenização pelo comuneiro. O julgado opera como operaria o negócio jurídico (R.

POLLAK, *System,* 28), com pressuposto objetivo *(condicio iuris)* de fato material; mas não estabelece, *no futuro,* a verdade do fato material, que foi, no passado, cúndicio *iuris.* Daí a possibilidade de se requerer a caução do art.

580, parágraf o único, do Código Civil. A parte de terreno que se adquire não produz comunhão *pro indiviso,* mas comunhão *pro divisa* (meio-chão). Em todo o caso, a figura é a da parede-meia ou do muro-meio, que antes estudamos, e escritores superficiais, ou desatentos ao direito brasileiro, lamentàvelmente confundem com as paredes indivisas e os muros indivisos, chamados paredes comuns ou muros comuns. Nas paredes comuns e nos mu

ros comuns, cada vizinho tem parte ideal (há, pois, condomínio) ; nas paredes-meias e nos muros-meios, não, porque há linha vertical que divide pelo meio a parede ou muro e, com ela, o terreno que lhe fica por banºo e a coluna de ar, segundo. os princípios. Veja §§ 1.550 e 1.551.

A parede-meia certamente tem de sofrer o fato da indivisibilidade material da —parede‖, com algumas consequencias desse fato; porém o que está à base e no cerne da construção jurídica, da *categoria,* é a propriedade até a *meia* espessura, isto é, até ao plano vertical que divide, *na idéia,* a corporeidade indivisível da coisa. Sem nº

elemento da idéia não se poderiam levar ao direito, divisas, as —metades‖ da parede-

-meia. Convicções filosóficas e sugestões econômicas presidiram a isso.

A nota mais característica da doutrina luso-brasileira foi a probidade das convicções, a lealdade às fontes. Os velhos livros refletem a honestidade científica dos pesquisadores de outrora, a elegância enérgica nas críticas recíprocas, o propósito de aceitar, com todo o respeito, a ciência, que é de todos os povos, e o direito positivo interno, que é de cada Estado. Já é tempo de voltarmos a essa linha histórica.

Nunca é demais insistir-se em que não é possível construir-se qualquer coisa de sólido, em ciência, sem se policiarem devidamente os conceitos e as proposições, porque é com eles que trabalha a lógica da ciência. É aí justamente que cada investigador vem colaborar na obra de todos e servir às gerações seguintes, sem falsas aparências.

9.AÇÃO NEGATÓRIA E AÇÃO CONFESSÓRIA. A ação negatória é objeto de todo um capítulo do Tomo XIV

(§§ 1.583- -1.586). Supõe a ofensa ao direito de propriedade sem ser à pesse. Portanto, é inconfundível com as ações possessórias, e com a reivindicação. Também o é com a declaratória. Os direitos de vizinhança são limitações ao conteúdo do direito de propriedade. Quem, para a prática de algum ato, positivo ou negativo, alega a titularidade de qualquer deles, *sem no ter,* e ofende o direito do vizinho, sem que tal ofensa atinja a pesse, pode ser legitimado passivo, na *ação negatória* que o ofendido intente. Se, em vez disso, a ofensa é contra êle, titular do direito de vizinhança, a *ação confessória* nasce.

CAPITUI O II

TAPUMES

§ 1.556. Tapumes, o nome e a coisa

1.TAPAR. *Ta~par* é cobrir com tampa, ou tapadura, expressões essas, de origem árabe, de que também nos ficaram tapagem, tapamento, tapada, tapadouro, tapigo (sebe de mato travado e outro sentido antiquado que lhe encontrou frei JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITEREO, *Elucidário),* tampa, tampão, tampar. Na *Crônica dei Rei D. João III,* de FRANCISCO DE ANDRADE, —tapume‖ é o mesmo que —tapagem‖ (—desfazendo tranqueiras e tapumes que tinham feito com árvores cortadas‖) e na *História da Índia,* de ANTÔNIO PINTO PEREIRA, tapagem é corta. As Ordenações Filipinas, Livro II, Titulo 48, § 4, falam de —tapamentos das herdades‖. O art. 588,

§ 29, do Código Civil contém definição de tapume.

Ao direito de propriedade corresponde o tapamento, não como direito dependente, e sim co mo um dos atos pelos quais se exerce a exclusividade do direito sôbre a coisa. Quem demarca exclui o confinante, em ato ou em ação; quem tapa, não só exclui o vizinho, exclui a Ele, se é no limite que põe o tapume, ou a todos, inclusive os vizinhos, se a tapagem se fêz em linha que dá para terreno público. O ato de tapagem vai desde o simples canteiro de flôres, ou linha de gramado, ou marcos, ou escrito (—proibe-se entrar‖) até os altos muros, vedativos de entrada e de vista.

No direito privado brasileiro, não há, em princípio, dever de tapar: o Código Civil, art. 588, § 29, abre exceção. As poucas alusões do velho direito português aos tapamentos mostra, de si só, que mais preocupavam aos peninsulares os modos de adquirir que os modos de usar e cercar a propriedade.

2. TESE E ANTÍTESE. O princípio antitético, que é o do interêsse dos outros proprietários e da sociedade, que tem de preferir o bom ao mau uso dos terrenos, fez nascerem limitações à faculdade de tapar ou vedar os prédios.

Uma delas, e a mais grave, foi a do art. 559 do Código Civil, mas aí a exclusividade é ferida porque a limitação apanha o espaço mesmo,

recorta o prédio. A tapagem tem de se reger, no~ novos limites, pelas regras comuns.

Assim, o art. 559 de modo nenhum limita a faculdade de tapagem; limita o próprio conteúdo espacial do direito de propriedade.

Também a faculdade de tapar sofreria a limitação que advém ao conteúdo espacial do direito de propriedade com a navegação dos rios de uso comum do povo (Código Civil, art. 66) ; mas, se o rio não pertence aos donos dos terrenos, como *ex hypotesi,* nenhuma limitação houve, nem há.

8.MEIOS DE TAPAMENTO. A lei não prevê *quais* sejam os meios de tapamento; apenas exemplificou: —sebes vivas‖, —cêrcas de afafrie‖, —cêrcas de madeira‖, para logo usar dos termos mais amplos (—ou quaisquer outros meios de separação dos terrenos‖). A vala, ou valado, o muro, as árvores, tais como as recortáveis de que tanto se servem no Brasil os proprietários, os gradis de ferro ou de madeira, o tabique, são tapumes. Quanto à *espessura,* o direito brasileiro não concebia qualquer direito do proprietário a avançar pela metade do tapume na terra do vizinho. O art. 580 do Código Civil de modo nenhum se referiu a tapume, nêle só se cogitou da parede divisória.

Mas há o art. 643, que adiante estudaremos.

O Código de Processo Civil, art. 451, § 1.~‘, 2.8 parte, fala de ação —para adquirir o tapume‖. A ação do art. 588, §

1.0, não é *constitutiva:* se proposta pelo que quer haver o *preço* da obra, *de condenação.* E a ação do art. 580

também não é constitutiva. É declaratória, se proposta pelo que primeiro construiu para se declarar o seu direito de vizinhança; condenatória, se tem como pedido o meio valor da parede (art. 580). No caso do art. 580, 2.~ parte, a fnºação da largura do alicerce e da profundidade, se o terreno não é de rocha, pode ser em *comunicação de vontade* do vizinho que não está a construir, ou em ação intentada pelo que vai construir, contra nº. Não há constituição de direito. Há elemento declarativo e elemento executivo (cp. Código de Processo Civil, art. 1.006), se nº não comunica a sua vontade sôbre a extensão, para que seja homologado o laudo. A referência do art. 451, § 1.~, □

parte, não é, pois, ao caso do art. 588, onde aliás não há direito de vizinhança à *aquisição de terreno.* O legislador processual confundiu o direito à tapagem com o direito à parede-meia e metade da espessura (art. 580>, porque essa não seria ação constitutiva, e sim ação declarativa; criou direito nôvo dos proprietários. A ação do art. 451, §

1.0, 23 parte,. do Código de Processo Civil é a do art. 463 do Código Civil.

§ 1.557. Direito de tapagem

1.CÊRCA. TAPUME PRIVATIVO E TAPUME COMUM. Cada proprietário tem, segundo o princípio da utilização de todo o espaço ocupado pelo terreno, o direito de cercá-lo, murá-lo, escolhendo para isso os materiais que entenda. Naturalmente, tais construções divisórias, desde as paredes e cêrcas vivas, têm de ser dentro do seu terreno até à linha do limite. É o *tapume próprio* ou *privativo.* Veremos, adiante, o que pode acontecer (Código Civil, arts. 643-645).

Se algum proprietário cerca o seu terreno, tem de fazê-lo *antes* da linha por onde passa o limite; não pode ir além dela. A respeito de tapumes não há o direito de vizinhança que se menciona, quanto à parede divisória (não cêrca 1), no art. 580. Quem vai fazer cêrca ou vala, ou banqueta, ou qualquer outro meio de separação dos terrenos, não tem o direito de assentá-lo até meia espessura no terreno contíguo. Tapume não é parede divisória de *construção.*

Tem, contudo, pretensão a adquirir (art. 643), conforme veremos.

2.DIREITO DE VIZINHANÇA. Mas qualquer proprietário de terreno tem *direito de vizinhança* à cooperação; e pretensão a receber do vizinho confinante a metade das despesas de construção e conservação do tapume. O art.

588 diz: —O proprietário tem direito a cercar, murar, vaIar, ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, conformando-se com estas disposições: § 1.0 Os tapumes divisórios entre propriedades presumem-se comuns, sendo obrigados a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação, os proprietários dos imóveis confinantes. § 2.~ Por —tapumes‖ entendem-se as sebes vivas, as cêrcas de arame ou de madeira, as valas ou banquetas, ou quaisquer outros meios de separação dos terrenos, observadas as dimensões estabelecidas em posturas municipais, de acordo com os

costumes de cada localidade, contanto que impeçam a passagem de animais de grande porte, como sejam gado vacum, cavalar e muar. § 39 A obrigação de cercar as propriedades para deter nos seus limites aves domésticas e animais, tais como cabritos, porcos e carneiros, que exigem tapumes especiais, cabe exclusivamente aos proprietários e detentores. § 42 Quando fôr preciso decotar a cêrca viva ou reparar o muro divisório, o proprietário terá direito de entrar no terreno do vizinho, depois de o prevenir. Êste direito, porém, não exclui a obrigação de indenizar ao vizinho todo o dano, que a obra lhe ocasione.

§ 5/~ Serão feitas e conservadas as cêrcas marginais das vias públicas pela administração, a quem estas incumbirem, ou pelas pessoas, ou empresas, que as explorarem‖.

O art. 588 ressente-se de terem sido introduzidas três regras da Lei n. 1.787, de 28 de março de 1907, uma do Código Civil do Cantão de Zurique (art. 163), outra de criação de COELHO RODRIGUES (Projeto, art. 1.448), alheia ao direito civil. Em todo caso, melhor foi assim do que se tivesse permanecido a concepção do Projeto primitivo, que apenas falava de condomínio de cêrcas e valas. O que primeiro s~ deve observar é que o art. 588, incluído na Seção V (Dos Direitos de Vizinhança), tratou mais, em quase todos os seus enunciados, do conteúdo do direito de propriedade, do que de *Limitações a* êle. O art. 588 reafirma, apenas, êsse conteúdo quanto à vedação ou tapagem.

3.CÓDIGO CIVIL, ART. 588, ~ 19 O § 1.0 contém duas proposições ou regras jurídicas diferentes: (a) Os tapumes divisórios presumem-se comuns, regra de presunção *luris tant um,* que apenas faz presumir-se comum o tapume do terreno *não-demarcado,* porém que, na discussão sôbre a pesse, ou quando a pesse seja elemento para solução em caso de limite confusão (Código Civil, art. 570), tem valor teórico e prático. A cêrca exprime que os confinantes não repeliram a interpretação dos limites pela linha por onde ela passa. Daí a presunção para a pesse, que a regra do art. 588, § 1.~, □

1 a parte, reforça. Porém a regra concerne aos próprios

tapumes: são eles que se presumem comuns. Não se leia o art. 588, § 1.0, 1~a parte, como se contivesse presunção *iu.ris tantum* de que os prédios se presumem ter por limite a linha por onde passa o tapume. Não há na lei civil essa presunção. Aliás, o art. 571 já dissera o mesmo que o art. 588 repete; porém no art. 571, dir-se-á, há largueza que apanha o —intervalo‖ e a —vala‖. A objeção não é procedente.

Entende-se que o intervalo, o muro, ou a vala, e a cêrca pertencem a ambos os confinantes; não que eles tracem os limites da propriedade.

(b) Cada confinante tem contra o outro o *direito de vizinhança* consistente em que êsse concorra, em partes iguais, para as despesas da construção do tapume, bem como da sua conservação, quer já o tivessem encontrado feito, quer eles o hajam construído, quer um só o tenha pôsto. A pretensão a haver as despesas da conservação, ou a que o confinante por metade o conserve, é independente da pretensão a que o confinante construa por metade, ou pague metade das despesas feitas ou por se fazerem. Há, aí, evidentemente, direito de vizinhança, pois que há *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. Segundo o princípio-tese, cada proprietário só-mente cerca, ou tapa, ou rodeia de sebes o seu terreno *se entende fazê-lo.* Não tem o dever disso. É em virtude do princípio-antítese que êle tem o *dever de vizinhança,* segundo o qual, limitando-se o conteúdo do direito de propriedade, cada confinante é

—obrigado‖ a concorrer, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação.

O.art. 588 é regra de direito privado: Daí não se tire regra de direito público, nem, *a fortiori,* a absurda conclusão da lª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 29 de abril de 1948 *(R.* 9., 125, 226). O próprietário tem o direito de cercar. O dever de cercar foi previsto no art. 588, §§ 1.~ e 3~0 Tem o direito e o dever de cercar o possuidor (2~~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de agôsto de 1948, *A. J.,* 91, 28). O comuneiro de muros e tapumes não os pode destruir, devendo, se o faz, ainda sem culpa, indenizar (Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 13 de dezembro de 1924, *R. 9.,* 44, 217). O dever de tapume (art. 588,§§ 1.0 e 3~Õ) independe de negócio jurídico entre os confinantes:

há ação de cominação com base no art. 302, XII, do Código de Processo Civil, por se tratar de obrigação legal (sem razão, a 1~a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28 de novembro de 1944, *R. dos T.,* 163, 337). Primeiro hão de ser conhecidos os limites (lª Câmara Cível, 26 de março de 1946, E. 9., 107, 104).

Se o confinante se apressa em fazer o muro ou cêrca, tem de exercer, extrajudicialmente ou judicialmente, a pretensão às despesas (SA Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de setembro de 1928, E. *dos T.,* 68, 364). Isso não quer dizer que não haja ação para cobrar as despesas feitas (sem razão, a Câmara Civil do Tribunal de

Justiça de São Paulo, a 29 de maio de 1929, 67, 333). Qual o meio de separação que se há de empregar (muro, cêrca, cêrca viva), depende do uso local, ou da natureza das construções limítrofes, ou da utilização. É assim que se hão de entender oc acórdãos da 83 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de dezembro de 1944 *(R. dos T*‟*.,* 15v, 698: —. . . tão-somente nas dos gastos com um tapume para vedar a passagem de animais de grande porte‖), da 23 Câmara Civil, a 26 de novembro de 1946 (165, 747: —O vizinho é obrigado a contribuir para a feitura de tapumes divisórios mesmo nos pontos em que não haja plantações, porque as cêrcas não se destinam apenas a protegê-las contra a invasão de semoventes, mas também os próprios animais, para que não se embrenhem pela mato, onde ficam sujeitos ao berne e ervas venenosas e oferecem grande dificuldade para serem arrebanhados‖), e da 63 Câmara Civil, a 20 de junho de 1947 (170, 182).

A interpretação do art. 588, § 2.~, como se só houvesse dever de tapagem se é preciso impedir passagem de animais de grande porte, é contra direito. O art. 588, § 1i~, já dissera quais os pressupostos para naséer êsse dever.

No § 2.~ apenas se acrescenta que tapumes são sebes vivas, cêrcas de arame, ou de madeira, valas ou banquetas, ou *quaisquer outros meios de separa-. ção dos terrenos.* As posturas municipais determinam as dimensões, de acordo com os costumes locais, mas hão de ser tais que impeçam a passagem de animais de grande porte. Onde há gado vacum, cavalar ou muar, o tapume há de ser tal que impeça a passagem. As posturas municipais estão adstritas a isso..

O acórdão da 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de abril de 1947 *(R. dos T*‟*.,* 168, 692), que leu o art. 588, § 1.0, como se dependesse do § 2?, foi contra direito:

—o vizinho‖, disse, —não é obrigado a concorrer para as despesas com muro limítrofe, mas tão-somente nas dos gastos com tapume para vedar a passagem de animais de grande porte‖; no entanto, a parte final do § 2.0 do art.

588 nada tem com o § 1.0, só se refere às posturas municipais, que hão de exigir, onde haja gado vacum, cavalar e muar, que os tapumes lhe impeçam a passagem.

O erro é tão grande quanto o de se exigir negócio jurídico anterior para se ter a pretensão à metade das despesas.

Se o não houve, nem condenação anterior a que se haja seguido execução, ou o que fêz o tapume exige a metade das despesas, ou abre mão disso, sem que cesse ao vizinho a pretensão a haver, pagando a metade, a meação no tapume *(6.*~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de junho de 1947, *1?. dos T.,* 170, 182). É certo que, fazendo, só, as despesas do tapume, presume-se por presunção *hominis* que o proprietário quis só seu o tapume, conforme disse a □

6 a Câmara Civil (11 de junho de 1948, 175, 693) ; mas essa atitude não tira ao vizinho a pretensão, em qualquer tempo, a haver a metade do tapume, prestando a metade das despesas, nem ao proprietário, que construiu, a ação para haver a metade, ação que se justificaria, se não existisse por si, como ação de enriquecimento injustificado. A □

6 a Câmara Civil entendia (também, a 31 de março de 1949) que teria de ser proposta, necessària—mente, antes, a ação cominatória; sem ela, precluiria a ação pela metade das despesas. ~ Onde encontrou ela, para decidir à semelhança da 1a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 28

de novembro de 1944 (163, 337), texto de lei que fizesse pressuposto necessário da pretensão à metade das despesas (direito material) a forma cominatória, ou qualquer requisito de tempo? O que o art. 588, § 1?, estabelece, exaustivamente, é que (a) os tapumes divisórios entre proprietários se presumem comuns (presunção *iuris tantum,* que cede à prova de que um só dos confinantes o~ construiu), e *(b)* os proprietários confinantes têm de concorrer, em partes iguais, para as despesas de construção e conservação. Nenhuma referência a aviso prévio, orçamento, ou forma processual. São —obrigados a concorrer‖, antes ou depois de serem feitos os tapumes. O que desabusadamente têm aventurado algumas caniaras é a criação, contra lei, de preclusão, se não do direito, da pretensão às despesas.

O § 3º, que trata dos tapumes especiais, tem de ser interpretado de conformidade com o § 2.0, *iva fine.* As posturas municipais têm certa margem para determinar as dimensões dos tapumes, se bem que, nos lugares em que haja animais de grande porte, não se possam dispensar a altura e feitio que lhes impeçam a entrada. Se algum proprietário tem animais que exigem tapumes especiais, só a êle tocam as despesas, salvo, entenda-se, se o vizinho também os tem. A especialidade do tapume somente se caracteriza se é preciso fazer-se obra que seja diferente daquela a que estaria obrigado o vizinho. O art. 1588, § 3.~, regula a espécie em que só um dos vizinhos precisa deter animais, que exigem tapumes especiais. Se os dois têm de cercar

os terrenos de que são proprietários, ou possuidores, e a especialidade consiste em algo a mais, como fio ou fios intercalares, ou nas partes inferiores, há a obrigação, para ambos, por partes iguais das despesas, e só o que tem de pôr a mais alguma coisa é obrigado a isso (23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de abril de 1947, *R. dos 7*"., 167, 759).

O proprietário ou possuidor pode exigir do vizinho, que tem animais que se incluem nas classes do art. 588, § 3?, o tapume especial, ou o acréscimo especial.

4.DEVER DE TAPAGEM. Já dissemos que, em principio, não há o *dever de tapagem.* As leis de direito público, principalmente as municipais, contêm regras que o criam em certas circunstâncias. Ou o art. 588, § 3?, apenas 1) alude a essas regras, estabelecendo, no plano do direito privado, que, incidindo elas, —aos proprietários e detentores‖ cabe, exclusivamente, o dever de cercar; ou 2) êle contém duas regras distintas e ao mesmo tempo não-alusivas à legislação de direito público: (a) Quem tem aves domésticas e animais, tais como cabritos, porcos e carneiros, que exigem, segundo a nocividade deles, tapumes especiais, tem o dever de tapagem. *(ti)* Os tapumes, nos casos em que são necessários os especiais, são à custa dos proprietários, possuidores ou detentores.

A solução 2) é a verdadeira. O art. 588, § 8.0, não se refere às posturas municipais ou outras leis. Quanto à regra (a), apenas especializa o direito de vizinhança que se criou no art. 554. A caução de dano infecto é pertinente, bem como as ações próprias do art. 554 e a ação de indenização pelo ato ilícito (art. 1.527). A função do art. 588, § 39, é, pois, a de especializar o uso nocivo (art. 554) e excluir o direito de vizinhança que o art. 588, § 1.0, construíra.

5.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 588 E 587. O § 4? do art. 588 é simétrico ao art. 587. O art. 587 se referiu à casa; o §

4~0 do art. 588 ao tapume. Os pressupostos são semelhantes, de modo que se pode repetir a respeito dos pressupostos dele o que se disse sôbre os daquele. Incide o art. 178, § 10, Nº, quanto à pretensão à indenização.

§ 1.558. Tapagem comum

1. TAPAGEM DE DOIS OU MAIS. A tapagem pode ser em comum; *e.*

g., se os confinantes acordam em fazê-la, ou encomendá-la, ou se, ao adquirirem os prédios, já era comum. A comunhão pode resultar de ter sido o confinante condenado. em ação do art. 588, § 1.0, 2.~ parte, ou em preceito após a coisa julgada de sentença declaratória. Também é comum a tapagem que, feita na linha divisória, foi presumida comum por tempo suficiente para usucapião; não pode ser afastada a presunção pela ação de reivindicação, porque, *ex hvpothesi,* a linha de limites foi respeitada. *Aliter,* se há presunção por muito tempo, ainda além do tempo para usucapião, se fOr reivindicado o terreno em que está o tapume. Finalmente, é comum o tapume, se o vizinho exercer a sua *pretensão a adquirir* (Código Civil, art. 643).

2. CÓDIGo CIVIL ART. 643. Disse o art. 643 do Código Civil: —O proprietário que tiver direito a extremar um imóvel com paredes, cêrcas, muros, valas, ou valados, tê-lo-á igualmente a adquirir meação na parede, muro, vala, valado, ou cerca do vizinho, desembolsando a metade do que atualmente valer a obra e o terreno por ela ocupado (art. 727) —. O art. 727, aí referido, apenas exclui o direito do usufrutuário a êsse preço. No art. 644 previu-se:

—Não co~vindo os dois no preço da obra será êste arbitrado por peritos, a expensas de ambos os confinantes‖. E

explicou-se no art. 546, que é decisivo para a construção do —direito a adquirir meação‖, que o art. 643

estabeleceu: —Qualquer que seja o preço da meação, enquanto o que pretender a divisão não o pagar ou depositar, nenhum uso poderá fazer da parede, muro, vala, cêrca, ou qualquer outra obra divisória‖. Os arts. 643-645 nada têm com o direito de vizinhança do art. 580, sôbre o confinante que primeiro construir *casa,* nem com o direito de vizinhança a madeirar ou travejar (art. 579) na parede do prédio contíguo. Naturalmente, o —direito a adquirir a meação‖ também é direito de vizinhança, com a pretensão a exigir a comunhão; mas o seu conteúdo é diferente: a) no art. 579, há o direito a travejar ou madeirar à metade da parede da casa, ficando o confinante a dever o valor da metade da parede e do terreno; no art. 580, há direito a construir até meia espessura no terreno do vizinho, direito dependente, incluído no direito de propriedade e não subordinado a negócio constitutivo ou a sentença em ação constitutiva; ti) nos arts. 643-645, o —direito a adquirir meação na parede, muro, vala, valado, ou cêrca do vizinho‖, se bem que também seja direito de vizinhança a despeito de sua colocação heterotópica é direito a adquirir: não pode ser exercido, desde logo, qualquer elemento da propriedade sObre a meação, porque o confinante ainda não é meeiro. A ação é *constitutiva.*

Há pretensão a exigir que se lhe dê metade do tapume e do terreno.

3.TESE. A tese é que o muro sôbre a linha divisória pertence pela metade, em plano vertical, que sobe da linha separativa. A contingência de ser uma só peça e não se poder acompanhar dentro desse plano levou a considerar-se *comum* a certos respeitos, isto é, dos confinantes em tOda a extensão (antítese). Os termos —mitoyen‖ e

—mitoyenneté‖ traduziram êsse pensamento no velho direito francês *(Coutumes de Paris,* artigos 195-214). No direito romano, a regra era medear entre os prédios o *spatium legitimum,* separando as casas; a parede ou muro comum era raro.

A meação do tapume cria dificuldades práticas. Discute-se frequentemente, e com empenho, quem o fêz. A presunção do art. 588, § 1.0, apenas atenua essa frequência e êsse ardor.

Demais, cada confinante, alienando o terreno, pode mencionar o tapume comum sem ser comum, ou dizê-lo próprio ou privativo, sendo comum.

4.USUCAPIÃO. A pesse pode ser assegurada, segundo os seus princípios. Se os pressupostos para a usucapião de boa fé ou para a usucapião independente de boa fé se perfazem, dá-se a usucapião da meação, ou do muro todo, conforme tiver sido a pesse. Isso nada tem com a pretensão oriunda dos arts. 643-645, que é imprescritivel: ainda que alguém obtenha sentença, trânsita em julgado, de usucapião do tapume como privativo, o confinante vencido pode, a todo tempo, exercitar a ação constitutiva dos arts. 643-645.

§ 1.559. O~‖direito formativo‖ do art. 643

1.CÓDIGO CIVIL, ART. 643. Na construção do direito oriundo do art. 643, os juristas franceses pensaram bastar-lhes para a explicação da —mitoyenneté des murs‖ o dizer-se que se trata de *venda,* ou de *desapropriação por utilidade particular.* Por isso mesmo se reconhece ao dono do muro que cede a meação a ação de solução e as outras próprias da compra-e--venda ou comuns à compra-e-venda e à desapropriação. Esse método de se explicar instituto menos frequente por outro mais frequente sempre foi criticado por nós e mostramos,

por vêzes, que leva a erros graves. Tem-se de pOr o instituto numa das classes ou subclasses de categorias jurídicas e procurar definir-lhe o conteúdo.

2.COMPARAÇÃO DE REGRAS. a- O direito que nasce das regras dos arts. 643-645 (aliás nasceria somente do art. 648) não recai *sobre a metade do tapume,* como o direito que assenta no art. 580. É direito de vizinhança, direito dependente, contido no domínio e na enfiteuse (e no direito de usufruto, uso, habitação), porém recai *apenas* sôbre a formação de outro direito. Ali, tem o proprietário o poder jurídico de influir sObre a meia espessura e de excluir o vizinho; aqui tem o proprietário o poder de adquirir a meia espessura. A êsse direito que se lhe dá é o de —direito formativo‘~, expressão de E.SECKEL (Die Gestaltungsrechte, *Fest gabe /1k* R. I<ocn, 205 s.), em 1903, subclasse dos direitos de criação, modificação e extinção, se se não prefere dizer estendendo-se o sentido de

—formação‖ *direito formativo gerador.* O que se encontra nos arts. 644 e 645 é a *pretensão* correspondente a êsse direito, pretensão a que o vizinho suporte o ato de aquisição. No art. 648, há o *begriindendes Gestaltungsrecht;* no art. 644, o *Anspruch,* a pretensão, dotada de ação. O art. 645 explicita, um tanto supêrfluamente, que a ação e a sentença são *constitutivas.* O Código de Processo Civil, arts. 451, § ~~, 23 parte, e § 2.0, e 452, dão o *remédio processual.* Veja Tomos 1, § 36, 4, e V, §§ 566, 2, 570 e 580-584, 588-593.

3.AçÃo. Em todo caso, há antes de tal ação, cuja sentença teria a eficácia das sentenças constitutivas, e não a de coisa julgada material o direito formativo gerador, e êsse direito é *relação juridica de direito das coisas,* relação real de vizinhança, que existe por si, independentemente do direito de propriedade sObre metade do muro e do terreno. A ação declaratória do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil poderia ser usada; porém o seu fim seria declarar a existência ou a inexistência da relação jurídica a que se alude no art. 648 do Código Civil, e não declarar a existência ou inexistência da meação. A meação é direito que se —formará‖ em virtude do exercício do direito formativo gerador baseado no art. 648.

4.ALGUMAS REGRAS. Algumas regras sObre o direito formativo gerador segundo os arte. 643-645: a)Os arts. 643-645 só se referem aos tapumes, não às paredes divisórias das casas, de que já haviam tratado os arts.

579 e 580.

b) É preciso que o tapume tenha sido feito *na extrema* do terreno, isto é, junto à linha divisória; pois os arte. 643—

645 nada têm com os tapumes que denºaram *spatium* entre eles e a linha dos limites. A COrte de Cassação de Paris

<26 de março de 1862) foi até o ponto de negar .a pretensão a adquirir ainda àquele que alega e prova que o vizinho construiu denºando o interstício exatamente para fugir à regra da lei. Mas, se tal intervalo é pequeníssimo e inútil ao confinante construtor, caracteriza-se o seu abuso do direito (art. 160, 1) de tapagem.

c)Não importa se o tapume é na zona urbana, ou na zona rural. A lei não distingue: —O proprietário que tem direito a extremar um imóvel... —, diz o art. 643. A respeito das paredes das casas, a regra jurídica é diferente: o art. 579

somente incide em casos de terrenos em —cidades, vilas e povoados‖, e o art. 580 é ligado ao art. 579.

d)O art. 588, § 1.0, cogita da aquisição da meação de todo o muro; não de meação *até certa altura,* ou a *partir de certa altura.* Não há, aí, comuneiros de tapumes por fração outra que a metade <O. WARNEXER, *Komment ar,* II, 186). Nos cantos, quatro podem ser os confinantes, ou mais, nos terrenos em ângulos com vértice comum; porém aí ainda há *metades* em ângulos de tapume, *em partes iguais* sôbre o todo.

e)Se o proprietário de um terreno constrói o tapume, por meia espessura, no terreno do vizinho, adianta-se à aquisição da meação do muro e terreno se o proprietário vizinho *houvesse construido.* Há usurpação de propriedade, talvez de propriedade e pesse. O terreno pode ser reivindicado, ou ser restituido ao proprietário possuidor pela ação de pesse, e demolido o tapume, que na parte usurpada do terreno é seu por acessão (Código Civil, art. 547, inteiramente invocável). Muito diferente é a situação do proprietário que constrói a parede divisória da casa de meia espessura do terreno do vizinho (Código Civil, art. 580) : ai, quem constrói usa do seu direito de vizinhança, sobre a faixa de terreno. Há, então, a *parede-meia.*

No caso do art. 588, § 1.~, o recebimento da metade do tapume atribui ao confinante que pagou a propriedade da metade <indivisa) do tapume, não do terreno em que êle repousa: essa metade é parte

integrante do prédio vizinho que pagou metade da construção. A figura é a de dois prédios, um dos quais passou a ter parte sObre terreno alheio, mas, juridicamente, de base no terreno a que se ligou como parte integrante. A pretensão a haver a metade das despesas não é simétrica à pretensão do outro, a de pagar metade do *valor* dos tapumes *e do terreno* (art. 643).

No caso do art. 643, a pretensão ou a ação do vizinho para adquirir metade das obras e do terreno sôbre que foram feitas é *constitutiva* e estabelece, não condomínio, mas propriedade *até o meio* <muro-meio, cêrca-meia, muralha-meia, tapume -meio, como a parede-meia dos arts. 579 e 581).

§ 1.560. Regime do tapume comum

1.CÓDIGo CIVIL, ART. 642. No art. 642 do Código Civil foi dito: —O condomínio por meação de paredes, cêrcas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código, arts. 569 a 589 e 623 a 634‖. No Projeto primitivo, art.

750, já se dizia que —o condomínio por meação de paredes, muros, cêrcas e valos (se) regula pelos princípios gerais da Seção 1 dêste capítulo e Seção VI, letras *e* e /, do Capítulo II dêste título‖. A Seção 1

tratava dos direitos e deveres dos condôminos; as letras *e* e 1. dos limites entre prédios e do direito de construir.

Foi isso o que, com as emendas ao Código Civil, se restaurou, *mais* a referência à perda da propriedade imobiliária.

2. ESPECIALIDADES. O art. 569, por fôrça da remissão, apenas pode dar ao confinante exigir aviventações de rumos e demarcação dos terrenos, repartidas, proporcionalmente, as despesas; porque as despesas de conservação do muro ou outro tapume são —em partes iguais‖ (art. 588).

No caso de confusão de limites, a pesse é que os determina, ou se tem de proceder de conformidade com a parte final do art. 570. Os tapumes presumem-se comuns, propriedades (art. 588, § 1.0).

3.CóDIGo CIVIL. O art. 571, que enuncia o direito de uso em comum do tapume pelos proprietários confinantes, é regra que está mal posta

sob os arte. 569 e 570, pois é estranha a *limites.* Não se presume, aliás, ser comum o terreno em que assenta o tapume; presume-se ser comum o tapume, pois o terreno se fora dos limites tem de ser adquiride pelo exercício da pretensão dos arts. 643-645.

4.MEAÇÃO. O meeiro do tapume não está inibido de construir .no seu terreno para dentro do tapume (art. 572).

Naturalmente, não pode no tapume comum ou no privativo fazer obra que deite goteiras, ou abrir janelas, ou fazer eirado (art. 573). Contudo, não lhe são vedados os óculos para luz, as frestas e seteiras, segundo o que se expôs a respeito do art. 573, § 1.0; nem há prescrição contra o vizinho pelos vãos e aberturas para a luz que entenda fazer (art. 573, § 2.0). Nos muros ou outros tapumes com cobertura, tem o. beiral de obedecer ao art. 575. O art. 576

incide em caso de janelas, terraço, sacada, ou goteira, se em tapume. O art. 577 nada tem com as cêrcas e mais tapagens dos próprios prédios rústicos. O tapume existente, ou em construção, ou por fazer-se, não escusa o proprietário de atender ao art. 578. Os arts. 579 e 580 são *leges speciales* das paredes divisórias de casas, paredes *travá*veis. O art. 581 pode ser, em virtude do art. 642, invocado pelo meeiro do tapume. Os arts. 582-586 são de incidência geral. O art. 587 é a regra simétrica à do art. 588, § 4?, por isso mesmo a essa, e não àquela, é que se há de referir, tratando-se de tapumes, o meeiro; porém advirta-se em que o dono do tapume privativo tem o mesmo direito. O art. 588 e §§ 1.0 e 3? referem-se a terrenos confinantes e tapumes, de modo que a remissão do art. 642 é supérflua. O art. 589 fala da perda da propriedade imóvel: pela alienação, pela renúncia, pelo abandono, pelo perecimento do imóvel. O direito formativo gerador que se estabelece nos arts. 643-645 de modo nenhum pode ser *alienado* separadamente do terreno. É direito dependente, ligado ao conteúdo do direito de propriedade do dono do prédio em cujo limite se fêz tapume. Quanto à sua renunciabilidade, a *renúncia* é declaração unilateral de vontade e não teria conseqüências. O direito do art. 643 é irregistável. Em todo caso, pode ser modificado ou excluído pela constituição de servidão (1 <. MAENNER, *Sachenrecht,* 2Y ed., 178) ; porém, aí, é o conteúdo do direito de propriedade que, sofre a restrição.

5.A ExPRESSÃO —CONDOMÍNIO‖ NO ART. 642 DO CÓDIGO

CIVIL. É preciso não se atribuir grande valor à expressão —condomínio‖ do art. 642, o legislador pensou em comunhão,

indivisão, e não em condomínio. Nas outras regras do Código Civil, não se construiu a comunhão de paredes com essa francesia do muro e terreno comum, como pasta amorfa. O muro ou outro tapume não pode ser dividido, porque resulta da sua natureza; porém isso não obsta a que um dos confinantes, comuneiro do tapume, se proponha, à sua custa, a refazê-lo todo, invocando o art. 628, ou submeter o caso à justiça, com as afirmações de não alterar o tapume comum, nem lhe diminuir o valor, de ser vantajoso para todos, e o anus da prova. Quando a obra de reconstrução é *necessária,* rege-se pelo art. 588, § 1.0

Em direito brasileiro, é sempre delicada a alusão à —meação‖ se não se fnºa o conteúdo da palavra, porque temos a parede indivisa, a parede divisa, a parede-meia, etc. Por isso mesmo, convém reavivar-se, sempre, o que se está a *pensar,* para que a palavra não nos traia.

A ação de aviventação é para que o vizinho coopere nisso; portanto, corresponde à pretensão a conservar ou pôr marcos em limites sem dúvida.

A ação de demarcação supõe disputa de limites ou dúvida.

CAPITULO III

TAPUMES E LIMITES

§ 1.561. A ação de demarcação é real

1.DEMARCAÇÃO. A demarcação é fundada em direito de propriedade. PAULO, na L. 1, D., *finium regundorum,* 10, 1, dizia que a ação *finium regundorum* era pessoal; embora pudesse abranger reivindicação. A torrente dos escritores repetiu-o. Aqui, na Itália e em França: O. DEMOTOMnE, E. LAURENT, O.CHIRONI, TENºEIRA DE FREITAS, A. J. DE MAcEm> SOARES, RODRIGO OTÁVIO, AURELIANO DE

GUSMÃO, CARLOS MAXIMILIANO, F.WHITACKER. Alguns, em~ vez disso, aludem às ações que *mnºtam causam obtinere videntur tam in rem quam iii penonam.* Ora, se se medita sôbre o que é ação real e o que é ação pessoal, logo se percebe que se andou a reiterar classificação errônea.

A *ação para aviventar marcos ou tapumes* e a *ação para delimitação* são duas ações diferentes. Naquela, não há disputa, mais se evita disputa futura, pois que se colima não se confundirem os limites: é imprescritível. A renúncia seria ineficaz. Nessa, há confusão subjetiva (ou subjetiva e objetiva) quanto aos limites: tem-se de afirmar e provar a propriedade *até ali* para que *por ali* passem os limites; a pretensão de delimitar ou demarcar nasce da propriedade e exerce-se contra o proprietário ou possuidor do terreno vizinho. Nem é renunciável, nem prescritivel; mas está claro que, cessando, ainda~ por usucapião, a propriedade, cessa a pretensão de demarcar.

F. ROENIGER *(Die Grenzstreitigkeiten,* 48s. e 87 s.) nega a ambas o caráter de *actiones duplices.* Adiante, §

1.562, 1.

2. REALIDADE DA AÇÃO. A ação de demarcação é real; real também a pretensão em que se funda. São pontos já assentes em ciência do direito. O direito romano concebia o direito de pedir demarcação como pessoal, a pretensão a demarcar era pretensão a reassumir a pesse pacifica sôbre parte perdida do 8010. Porém a concepção mudou desde que se fêz real o direito de vizinhança, desde que se tiveram as pretensões entre vizinhos, em razão da vizinhança, como sendo emanação da propriedade mesma. Quando W. RÕNNBERG (fie Grenzscheidungsklage.nach rômischem und gemeinem Recht, *Archiv fiir R"Urger* Zkkes *Recht,* 11, 273-275) ainda quis conservar a linha histórica, a despeito dos *Motive* <III, 268 e 270) do Código Civil alemão, a sua opinião foi repelida: não atendia a que se tratava, já então, de direito dependente, real, resultante de limitação ao conteúdo do direito de propriedade do vizinho; e a que essa limitação, operada no plano da nova concepção mesma da propriedade, implica que o direito de demarcar, feito direito real de vizinhança, se projetasse em pretensões e ações reais.

3.AçÃo DE DIREITO PRIVADO. A ação de demarcação tornou-se ação real *de direito privado;* de modo que não há ação de demarcação quando a relação é de direito público, isto é, fundada em postura municipal ou outras leis de direito público (O. STRECKER, em O. PLANCK, *Komment ar,* III, 45 ed., .311). Quanto à realidade do direito, da pretensão e da ação, foram decisivos OH. MEISNER *(Das ia Bavern geltende Nachbarrecht,* 23 ed., 19), J. BIERMANN *(Sachenrecht,* 33 ed., 172), O. EmEcREli (em G. PLANCK, Kommentar, III, 4.~ ed., 811), O.

WARNEYER *(Kommentar,* II, 132) e os outros. A concepção que o

direito civil adotou, desde o Código Civil, afasta como simplesmente anacrônica qualquer discussão sôbre ser real ou pessoal a ação de demarcação. Não mais se tratam os direitos de demarcar, construir e cercar entre vizinhos, como de direito das obrigações, ou resultantes da contingência de estarem em contacto ou em fricção direitos subjetivos, como se dá em casos de ação de dolo ou de abuso do direito: onde existiria a fricção, o entrechoque, a lei recortou o conteúdo mesmo do.

direito de propriedade, limitando-o, para que as arranhaduras não se dessem. Isso somente seria possível mediante regras. gerais de limitação do direito mesmo de propriedade; portanto, pelo recorte dele, como operação sintetizante, na luta entre o princípio-tese e o princípio antítese, correspondentes ao absolutismo romano e ao enunciado do direito de propriedade como função social exercida pelo individuo.

§ 1.562. Ação dúplex, pretensão imprescritivel

1.AçÃo DÚPLEX; IMPRESCRITIBILIDADE. A ação de demarcação pode ser ação dúplex, se cada parte é simultânea-mente autor e réu, ainda quando só um haja assinado a petição inicial. É certo, porém, que, a respeito de alguma controvérsia, se pode tornar mais visível, mais . relevante, o papel de autor, ou de réu. A dependência do direito, da pretensão e da ação de demarcação faz intransferíveis, sem o direito de propriedade, direito, pretensão e ação. A imprescritibilidade decorre de tal posição mesma de dependência; de modo que é preciso que desapareça o direito de propriedade, *e. g.,* pela usucapião pelo vizinho, para que desapareçam a pretensão e a ação para demarcar. Não houve usucapião dele, nem prescrição; houve usucapião do bem mesmo. (Não cabe aqui o fiz *faczdtatibus non datur praescriptio,* que alguns escritores invocam porque o direito à demarcação é direito, e não faculdade.)

2.CESSAÇÃO. Cessado o direito de propriedade sôbre a porção do terreno pela qual passaria a linha de limite, quanto a essa porção perdida e, pois, quanto a êsse limite cessam o direito a demarcar, a pretensão e a ação.

§ 1.563. Cumulação de ações

1.DEMARCAÇÃO E DIVISÃO. A ação de demarcação pode ser cumulada com a de divisão. Primeiro, demarca-se; depois, divide-se. Os confinantes não são comuneiros; par isso mesmo contra eles não corre a ação de divisão.

Aliás, na ação de divisão há parte que a completa, a de marcação dos limites que a divisão estabeleceu.

2.NÃO-CONTRADIÇÃo. Nada obsta a que junto ao pedido de demarcação esteja outro de nunciação de obra nova, ou de pesse, ou de reivindicação, desde cue não sejam entre si contraditórios.

3.CITAÇÃO. Na ação de demarcação, é preciso citar-se o outro cônjuge, porque está em causa propriedade imóvel. Não é preciso, para essa exigência, que se tenha introduzido questão de condomínio ou pesse (sem razão, CARLOS MAXIMILIANO, *Condominio,* 319). Primeiro, porque —nas causas que versarem sôbre bens imóveis, ou sôbre direitos a eles relativos, o marido não poderá demandar sem exibir outorga uxória e, quando réu, será citado juntamente com a mulher‘ (Código de Processo Civil, art. 81); *a fortiori,* a mulher. Segundo, a ação de demarcação é real. Não se precisaria de cumulação com a ação de reivindicação, ou outra, para que se impusesse a citação do outro cônjuge.

§ 1.564. Demarcação, benfeitorias e frutos

1.QUESTÃO INCIDENTE. Nas demarcações, a questão das benfeitorias é incidente. Feitas por um dos confinantes no seu terreno, são suas. Se feitas no terreno alheio, pelo possuidor de boa fé, e sendo necessárias ou úteis, tem o que as fêz direito à indenização (Código Civil, art. 516, parte 13). Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, pode exercer o *direito de retenção* (Código Civil, arts. 516, 2.~ parte, 3, §§ 2.0 e ~Y, e 1.566, 1). Se o confinante tem benfeitorias voluptuárias que podem ser levantadas, assiste-lhe o *jus toliendi;* se não podem ser levantadas, acederam ao imóvel.

2.DIREITO DE PROPRIEDADE. Tais questões de benfeitorias desenrolam-se em plano que não é o do direito de vizinhança, mas o do direito de propriedade em seu cerne não-limitado. Dá-se o mesmo com tudo que diz respeito a plantações, semeadura e construção, segundo já se expôs.

3.FRUTOS. Também quanto aos frutos, as questões são incidentes, e não se referem ao direito de demarcar, ou à pretensão, ou à ação respectiva, mas, simplesmente > ao direito de propriedade e aquisição.

§ 1.565. Legitimação subjetiva

1.DOMÍNIO. A ação de demarcação do domínio somente toca ao proprietário, ao titular do domínio. Mas pergunta-se ~ os possuidores não têm a ação de demarcação da. pesse? Supõe a ação existir disputa sôbre limites.

Ora, disputa sôbre limites, entre dois possuidores, é disputa possessória, e não de demarcação da propriedade.

Têm-na os que são titulares ═de direito real (o enfiteuta, o usufrutuário, o titular da servidão), sendo litisconsorte necessário o proprietário. Tem-na o proprietário, contra o possuidor ou o proprietário do prédio confinante (sem razão, a Côrte de Apelação do Paraná, 310 de abril de 1933, *Paraná Judiciário,* 21, 473). Inicia-se com a prova da vizinhança. O título, na ordinariedade dos casos, é o da propriedade.

Todavia, dois possuidores, ainda que nenhum deles seja dono, pode ter pretensão a aviventação de marcos ou rumos ou pretensão à demarcação. A ação é à semelhança da ação que têm os proprietários, ou o proprietário contra o possuidor. O possuidor, na comunhão *iuro diviso,* é legitimado à ação de aviventação de marcos da terra possuida ou à de demarcação.

O possuidor que pede a declaração da relação de pesse, faz a pesse entrar no mundo jurídico, e provoca a declaração. Tem--se, hoje, como possível tal ação declaratória positiva. Também se admite a negativa.

2.INVENTARIANTE, ADMINISTRADOR DA MASSA. Eventualmente, podem exercê-la também o inventariante (F. HOENIGER, *Die Grenzstreitiglceiten,* 951), e o administrador de massas. Condômino não pode requerer demarcação, contra o outro (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1918, *Rev. dos Trib.,* 28, 100) ; mas pode citá-lo como litisconsorte, pois que o é necessário (art. 88). O juiz mesmo (art. 90) deve ordenar a citação. Para propor a ação o condômino não precisa de mandato dos outros (errado o Tribunal de São Paulo, 13 de agôsto de 1926, *R. dos 2*"., 59, 345). O comuneiro

pro diviso tem-na.

§ 1.566. Classificação da ação

1.SE A AÇÃO É CONSTITUTIVA OU DECLARATIVA declarativa ou constitutiva a ação de demarcação? A maioria. pensa que é constitutiva. A ação não é *constitutiva,* ainda se acrescentamos que o é com eventuais e acentuados elementos~ de declaratividade e de condenatoriedade (E. POLLAK, *Sustem,* 1025); é declarativa> com elementos de condenação e constituição, mas, na fase final, executiva.

2.AçÃo DIVISÓRIA? Tão-pouco haveríamos de concebê-la como ação divisória. No próprio direito romano, a ação de demarcação somente era divisória, se, faltando prova de domínio, quanto a alguma parte do prédio, essa se tinha de dividir como se fosse comum (G. F. PUCETA, *Pandelcten,* § 374, 557-

-558: —por êsse último resultado possível, é ação divisória a de demarcação‖). Hoje, de modo nenhum é ação divisória (E. SOHM, *Institutionen,* 16.8 ed., 416 e 564). A declaratividade absorveu qualquer outro elemento histórico.

No processo da ação de demarcação é possível, correndo ep separado, a ação de pesse ou os embargos de terceiro senhor ou possuidor.

Convém atender-se ao que se disse no § 1.544. A ação demarcatória é real, declaratória, com elementos acidentais que podem fazer variar a carga de eficácia, sem, contudo, se apagar a fôrça da sentença, que é declaratória. As cumulações podem perturbar a análise por juristas inespertos; mas a natureza da ação e da sentença mostra que não há constitutividade preponderante, nem condenatoriedade que possa preponderar, nem executividade que passe à primeira plana.

Por outro lado, à questão de poderem os possuidores propor a ação foi dada a resposta pertinente: a ação de demarcação, que os possuidores têm, é outra ação de demarcação, a ação declaratória de limites em que se invoca o título da pesse, e não o título da propriedade.

Se se cumulam, permitindo-o o direito processual, ação de reivindicação e ação de demarcação, tem-se de atender à fôrça de cada uma das decisões e à carga de eficácia não-preponderante, que é diferente para elas. A sentença, se formalmente uma só, em verdade

contém duas sentenças, com as respectivas conseqüências. Havemos de ter todo o cuidado em analisá-las e precisar-lhes pressupostos e efeitos.

Por outro lado, mais uma vez se advirta em que a sentença ou a parte da sentença, na ação de reivindicação, nem sempre tem eficácia declarativa, de que resulte coisa julgada material.